

Vorwort

Hiermit bedanke ich mich herzlich bei meinem Doktorvater Prof. Dr. D. Schwab für die freundliche Entgegennahme meiner Arbeit und die Freiheit, die er mir bei der Bearbeitung des Themas gelassen hat. Ebenso bedanke ich mich herzlich bei meinem Zweitkorrektor Prof. Dr. J. Fritsche für die freundliche Erstellung seines Gutachtens.

Ganz besonders möchte ich mich bei meinen Eltern Michael und Christine Linzmaier für die immaterielle und materielle Unterstützung bedanken, die sie mir bei Anfertigung dieser Arbeit gewährt haben.

Ganz herzlicher Dank gebührt auch Blanca Serrano, Konrad Brenninger und Ulf Johann, die mir Logis gewährt haben und mir wertvolle Mitstreiter waren, da sie zur selben Zeit an ihren Dissertationen arbeiteten.

Schließlich möchte ich mich auch herzlich bei meinem Partner Philip Renner bedanken, der mir wie in allen Lebenslagen auch während der Abfassung der vorliegenden Arbeit eine wertvolle Unterstützung war.

Vertragsrechtliche Probleme

von

Location Based Services

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Universität Regensburg

vorgelegt von

Veronika Linzmaier

Erstberichterstatter: Prof. Dr. D. Schwab

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. J. Fritsche

Tag der mündlichen Prüfung: 29. November 2004

Inhaltsverzeichnis

Seite

Inhaltsverzeichnis.....	I
--------------------------------	----------

Abkürzungsverzeichnis	VIII
------------------------------------	-------------

1 Überblick über Funktion und Anwendungen von Location Based Services.....	1
1.1. Anwendungsbereiche von Location Based Services.....	3
1.1.1. Selbstpositionierung und Information über die momentane Umgebung.....	3
1.1.2. Personensuche	4
1.1.3. Flottenmanagement	5
1.2. Kommunikationsfunktionen von Mobiltelefonen und Location Based Services	5
1.3. Location Based Services als Push- oder Pull-Dienste.....	6
1.4. Unterschiedliche Mobilfunkstandards und ihre Auswirkungen auf Location Based Services	8
1.4.1. GSM-Standard	8
1.4.2. GPRS-Standard	10
1.4.3. UMTS-Standard	11
1.5. Lokalisierung des Nutzers.....	12
1.5.1. Ortung nach der TA- oder TDOA-Technologie	13
1.5.2. Ortung nach der E-OTD-Technologie	14

1.5.3.	Ortung nach der A-GPS-Technologie.....	14
1.5.4.	Ortung bei Mobiltelefonen auf UMTS-Standard	15
1.5.5.	Konsequenzen der Ortung	16
1.6.	Derzeitige Angebote von Location Based Services.....	17
1.6.1.	Standortbezogene WAP-Dienste von Vodafone.....	17
1.6.2.	Standortbezogene WAP-Dienste von T-Mobile	18
1.6.3.	Standortbezogene WAP-Dienste von O2	19
1.6.4.	Standortbezogene WAP-Dienste von Jamba!	20
1.6.5.	Standortbezogene i-mode-Dienste von E-Plus	21
1.6.6.	Standortbezogene SMS-Dienste von O2	22
1.6.7.	Standortbezogene Personenortungs-Dienste von Vodafone und O ₂	23
1.6.8.	Zusammenfassung.....	24
1.7.	Gang der Untersuchung	24
2	Vertragsschluss bei standortbezogenen Mobilfunkdiensten	27
2.1	Vertragsschluss	28
2.1.1	Angebot standortbezogener Mobilfunkdienste als invitatio ad offerendum	28
2.1.2	Vertragsangebot des Nutzers	30
2.1.3	Annahmeerklärung des Anbieters.....	31
2.1.3.1	Anwendbarkeit des § 151 BGB.....	32
2.1.3.1.1	Standortbezogene Mobilfunkdienste als Teledienste iSv § 312 e I BGB	33

2.1.3.1.2	Zugangserklärung gemäß § 312 I e Nr. 3 BGB	35
2.1.3.2	Entbehrlichkeit des Zugangs der Annahmeerklärung nach § 151 S. 1 BGB	37
2.1.3.3	Objektiver äußerer Erklärungstatbestand im Sinne von § 151 BGB	38
2.1.3.4	Bindung an den Antrag nach § 151 S. 2 BGB	39
2.2	Vertragsart	40
2.3	Zusammenfassung.....	42
3	Anfechtbarkeit des Vertrages über standortbezogene Mobilfunkdienste.....	44
3.1	Anfechtungsgrund.....	45
3.2	Anfechtungsfrist.....	47
3.3	Anfechtungserklärung	48
3.3.1	Anfechtungserklärung mittels Brief, Telefax oder E-Mail.....	50
3.3.2	Anfechtungserklärung mittels Anruf	53
3.4	Rechtsfolgen der Anfechtung	53
3.4.1	Rückgewähr der empfangenen Leistungen nach §§ 812 ff BGB	54
3.4.1.1	Herausgabe der ortsbezogenen Information nach § 812 I 1. Alt BGB	54
3.4.1.2	Wertersatz nach §§ 812, 818 II BGB	55
3.4.1.3	Entreicherung des Nutzers nach § 818 III BGB	56
3.4.1.3.1	Saldotheorie.....	56
3.4.1.3.2	Kenntnis des Nutzers vom fehlenden Rechtsgrund	58
3.4.2	Schadensersatz nach § 122 BGB	61

3.5	Zusammenfassung.....	62
4	Pflichtverletzungen beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste.....	65
4.1	Schuldverhältnis zwischen Nutzer und Diensteanbieter	67
4.2	Pflichtverletzungen durch den Diensteanbieter	68
4.2.1	Verletzung vorvertraglicher Pflichten	68
4.2.1.1	Schutzzumfang von § 241 II BGB	68
4.2.1.2	Pflichtenkatalog beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste	71
4.2.1.2.1	Vorvertragliche Informationsschutzpflichten.....	71
4.2.1.2.2	Vorvertragliche Schutzpflichten bezüglich bereits bestehender Rechte.....	73
4.2.2	Unmöglichkeit der Leistungserbringung	76
4.2.3	Verspätete Leistungserbringung.....	78
4.2.4	Schlechtleistung und Verletzung vertraglicher Nebenpflichten ...	80
4.2.4.1	Schlechtleistung	81
4.2.4.2	Leistungsbezogene Nebenpflichten.....	83
4.2.4.2.1	Informationspflichten nach §§ 6, 7 TDG.....	84
4.2.4.2.2	Informationspflichten nach dem Vertragszweck	85
4.2.4.3	Nichtleistungsbezogene Nebenpflichten.....	86
4.2.5	Zusammenfassung.....	88
4.3	Rechtsfolgen	88
4.3.1	Schicksal des Erfüllungsanspruchs.....	89
4.3.1.1	Fälligkeit ortsbezogener Dienstleistungen	89
4.3.1.2	Fristsetzung nach § 281 II BGB	90
4.3.1.3	Rechte des Anbieters vor Erlöschen des Leistungsanspruchs	92

4.3.2	Schadensersatzansprüche des Nutzers	93
4.3.2.1	Verschuldensprinzip.....	94
4.3.2.2	Schadensersatz statt der Leistung.....	95
4.3.2.2.1	Schadensersatz bei Teilleistung	96
4.3.2.2.2	Rückforderung des Geleisteten nach § 281 V BGB.....	98
4.3.2.3	Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB.....	100
4.3.2.4	Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 I BGB.....	100
4.3.3	Rücktrittsrechte des Nutzers	103
4.3.3.1	Voraussetzungen für das Bestehen eines Rücktrittsrechts	103
4.3.3.2	Abwicklung des Rücktritts	106
4.3.4	Rücktritt und Schadensersatz	107
4.3.5	Zusammenfassung.....	107
5	Allgemeine Geschäftsbedingungen und Vorschriften zu besonderen Vertriebsformen	109
5.1	Allgemeine Geschäftsbedingungen	110
5.1.1	Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen nach § 305 II BGB	111
5.1.2	Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen nach § 305 a Nr. 2 b BGB	113
5.1.3	Allgemeine Geschäftsbedingungen als Rahmenvereinbarung...	116
5.1.4	Wirksame Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen bei derzeit angebotenen standortbezogenen Diensten.....	118
5.2	Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr	120
5.2.1	Verletzungen von Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr durch den Diensteanbieter	121

5.2.1.1	Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB	121
5.2.1.2	Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB	123
5.2.1.2.1	Informationen nach § 3 Nr. 1 InfV.....	124
5.2.1.2.2	Informationen nach § 3 Nr. 2 InfV.....	125
5.2.1.2.3	Informationen nach § 3 Nr. 3 InfV.....	125
5.2.1.2.4	Informationen nach § 3 Nr. 4 InfV.....	126
5.2.1.2.5	Informationen nach § 3 Nr. 5 InfV.....	127
5.2.1.3	Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 3 BGB	128
5.2.1.4	Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB	130
5.2.1.4.1	Vertragsbestimmungen beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste.....	130
5.2.1.4.2	Abrufbarkeit und Speicherbarkeit der Vertragsbestimmungen.....	131
5.2.1.5	Zusammenfassung.....	133
5.2.2	Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung im elektronischen Geschäftsverkehr.....	135
5.2.2.1	Besondere Rechtsfolgen der Verletzung vorvertraglicher Pflichten.....	137
5.2.2.1.1	Anfechtungsrechte des Nutzers.....	137
5.2.2.1.2	Anspruch auf Vertragsaufhebung nach §§ 311 II, 241 II, 280 BGB.....	139
5.2.2.2	Besondere Rechtsfolgen der Verletzung nachvertraglicher Pflichten.....	142
5.2.2.3	Zusammenfassung.....	144
5.3	Sondervorschriften für den Fernabsatz.....	145
5.3.1	Verletzungen von Pflichten im Fernabsatzhandel durch den Diensteanbieter	147
5.3.1.1	Pflichten nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I InfV ..	148
5.3.1.2	Pflichten nach § 312 c I S. 1 Nr. 2 BGB	150
5.3.1.3	Pflichten nach § 312 c I S. 2 BGB.....	151
5.3.1.4	Pflichten nach § 312 c II, III BGB.....	151

5.3.1.5	Auswirkungen der Regelung des § 312 c IV BGB auf den Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen.....	153
5.3.1.6	Zusammenfassung.....	154
5.3.2	Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung im Fernabsatzhandel.....	155
5.3.2.1	Anspruch auf nachträgliche Information.....	156
5.3.2.2	Anfechtungsrechte des Nutzers	156
5.3.2.3	Anspruch auf Vertragsaufhebung nach §§ 311 II, 241 II, 280 BGB	157
5.3.2.4	Unterlassungsansprüche nach § 2 I, II Nr. 2 UKlaG und §§ 1, 13 UWG.....	160
5.3.2.5	Zusammenfassung.....	161
5.3.3	Widerrufsrecht des Nutzers bei Fernabsatzverträgen	163
6	Gesamtergebnis.....	166
	Literaturverzeichnis	171

Abkürzungsverzeichnis

Alt.	Alternative
AcP	Archiv für die Civilistische Praxis
A-GPS	Assisted Global Positioning System
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drucksache	Drucksachen des Deutschen Bundestages
CD-Rom	Compact Disk Recordable
CR	Computer & Recht
c't	Magazin für Computertechnik
DB	Der Betrieb
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Einf. v.	Einführung vor
E-Mail	Electronic Mail
EMS	Enhanced Message Service
E-OTD	Enhanced Observed Time Difference
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
GPS	Global Positioning System
GPRS	General Packet Radio Service
GSM	Global System of Mobile Communications
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HTML	Hypertext Markup Language
InfV	Informationsverordnung vom 14.11.1994
ISDN	Integrated Service Digital Network
IP-DL	Idle Period on the Downlink
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung

JZ	Juristenzeitung
K & R	Kommunikation und Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MDStV	Mediendienstestaatsvertrag vom 20.1.1997
MMS	Multimedia Message Service
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-CoR	Computerreport der Neuen Juristischen Wochenschrift
NJW-RR	Rechtsprechung-Report Zivilrecht der Neuen Juristischen Wochenschrift
OTDOA	Observed Time Difference of Arrival
o.V.	ohne Verfasser
PDA	Personal Digital Assistant
Rn.	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SMS	Short Message Service
SZ	Süddeutsche Zeitung
TA	Time Advance
TDOA	Time Difference of Arrival
TDG	Teledienstegesetz vom 2.7.1997
TKG	Telekommunikationsgesetz vom 25.7.1996
UkLaG	Unterlassungsklagengesetz vom 26.11.2001
UMTS	Universal Mobile Telecommunication System
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
WAP	Wireless Application Protocol
WM	Wertpapiermitteilungen
WML	Wireless Markup Language
WWW	World Wide Web
ZIP	Zeitschrift für internationales Privatrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

1 Überblick über Funktion und Anwendungen von Location Based Services

Mobilfunkanbieter¹ und unabhängige Dienstleister wie Jamba! oder handy.de bieten seit einiger Zeit standortbezogene Dienste an, sogenannte Location Based Services. Diese übermitteln dem Mobilfunk-Nutzer Informationen, die an seinem momentanen Standort für ihn relevant sind, z.B. Stadtpläne, Verkehrsinformationen, Adressen von Hotels und Restaurants, Veranstaltungstipps oder den nächstgelegenen Geldautomaten. Suchende Mobilfunk-Nutzer sollen durch diese Leistungen mit den notwendigen Adressen oder auch Sonderangeboten, die es gerade in ihrer Umgebung gibt, versorgt werden. Die direkte Abwicklung von Geschäften mit potentiellen Kunden rückt dabei in den Hintergrund. Die Informationsinhalte liefern die Netzbetreiber selbst, unabhängige Dienstleister oder Medien, wie z.B. Stadtmagazine.

Location Based Services können grundsätzlich auf jeder Art von mobilem Endgerät erbracht werden, z.B. auf Mobiltelefonen, PDA's², Notebooks³ oder Organizern⁴. Werden die ortsbezogenen Dienste über WAP⁵ erbracht, muss es sich um ein WAP-fähiges Gerät handeln.

Die weitaus größte Verbreitung finden dabei Mobiltelefone, vor allem im Bereich der privaten Nutzer. Andere Endgeräte werden hingegen ein Nischendasein fristen und vorwiegend von geschäftlichen Nutzern gebraucht werden⁶. Aus Gründen der Praxisrelevanz wird

¹ Mobilfunkanbieter sind die derzeit in Deutschland existierenden vier Netzbetreiber. Dies sind die aus der deutschen Post hervorgegangene T-Mobile Deutschland GmbH, die das D1-Netz betreibt, die Vodafone TeleCommerce GmbH, früher Mannesmann TeleCommerce GmbH, die das D2-Netz betreibt, sowie die E-Plus Service GmbH & Co KG und die O₂ GmbH & Co OHG, vormals Viag Interkom GmbH & Co KG, als Betreiber der E-Netze. Im Text der vorliegenden Arbeit werden die Netzbetreiber im Folgenden als T-Mobile, Vodafone, E-Plus und O₂ bezeichnet.

² Personal Digital Assistant, kleines mobiles Endgerät, welches hauptsächlich Organisationsfunktionen wie Kalender, E-Mail und zum Teil Word- und Excelfunktionen integriert.

³ Ein Notebook ist ein kleiner tragbarer Personal Computer mit einer Grundfläche von maximal der Größe eines Din A 4 – Blattes und einem geringen Gewicht bis maximal ca. 2,5 kg.

⁴ Ein Organizer ist ein Taschencomputer zur Verwaltung von Terminen, Adressen, Kontakten und Aufgaben; Bruckner, Location Based Services, <http://www.3gnet.de/forum/messages/324.html>.

⁵ Wireless Application Protocol, ein Standard, der internetähnliche Inhalte auf das mobile Endgerät überträgt.

⁶ Forit (Hrsg.), Mobile Commerce in Deutschland, S. 37.

in der vorliegenden Arbeit daher nur die Erbringung von standortbezogenen Diensten auf Mobiltelefonen untersucht.

Marktprognosen zufolge versprechen Location Based Services ein lukratives Geschäft zu werden. Eine Studie des Marktforschungsinstituts Mori ermittelte, dass standortbezogene Dienste allein den Netzbetreibern ein jährliches Marktpotential von bis zu 2,46 Milliarden Euro bieten⁷. Der Studie zufolge bekunden 42 % aller Mobilgeräte-Nutzer in Deutschland ihr Interesse an ortsbezogenen Leistungen. 74 % der Verbraucher sind zudem bereit, für diese Mehrwertdienste einen durchschnittlichen Betrag von 13,80 € pro Monat auszugeben. Nach einer Studie der ARC Group werden die heute statistisch beliebtesten Dienste auf mobilen Endgeräten, das sogenannte Personal Information Management, bereits im Jahr 2005 hinter ortsbezogene Dienste wie Routenführung zurückfallen⁸.

Den Marktprognosen zufolge ist also zu erwarten, dass Location Based Services sich zu einem wichtigen und häufig genutzten mobilen Dienst entwickeln werden. Aus diesem Grund ist es interessant, die rechtlichen Probleme zu untersuchen, die in Zusammenhang mit standortbezogenen Diensten auftreten können.

Um eine Grundlage für die Erörterung solcher rechtlichen Probleme zu schaffen, soll zunächst im Rahmen des ersten Kapitels der mobile Dienst Location Based Services vorgestellt werden. Dazu werden zuerst die geplanten Anwendungsbereiche ortsbezogener Dienste erörtert (Punkt 1.1.), sodann wird ausgeführt, mittels welcher mobilen Kommunikationsfunktionen (Punkt 1.2.) und in welcher Form, d.h. ob als Push- oder Pull-Dienst (Punkt 1.3.), diese erbracht werden können. Anschließend werden technologische Grundlagen von Location Based Services dargestellt, soweit sie Auswirkungen auf rechtliche Fragen haben können. Dies sind zum einen die unterschiedlichen Mobilfunkstandards (Punkt 1.4.), da deren unterschiedliche Datenübertragungsraten bedingen, dass dem Nutzer unterschiedlich hohe Kosten für die Inanspruchnahme standortbezogener Dienste entstehen. Zum anderen ist dies die Lokalisierung des Nutzerstandorts (Punkt 1.5.), da die Genauigkeit der Ortung die Qualität der vom Diensteanbieter erbrachten Leistung beeinflussen

⁷ Robben, Location Based Services, <http://www.ecin.de/technik/lbs/print.html>.

⁸ Wong/Jesty, The Wireless Internet, http://www.allnetdevices.com/wireless/opinions/2001/01/10/the_wireless.html.

kann. Abschließend werden die Anwendungen vorgestellt, die dem Nutzer bei einzelnen Netzbetreibern oder über freie Portale bereits konkret angeboten werden (Punkt 1.6.).

1.1. Anwendungsbereiche von Location Based Services

In der Entwicklung von standortbezogenen Diensten zeichnen sich drei Hauptanwendungsbereiche ab, in denen diese Dienste künftig eingesetzt werden sollen. Dabei existieren bislang hauptsächlich ortsbezogene Dienste aus dem ersten der im Folgenden vorgestellten Gebiete, nämlich solche zur Selbstpositionierung und der Information über die momentane Umgebung. Die derzeit konkret angebotenen Dienste werden aber erst in Abschnitt 1.6. im Einzelnen vorgestellt.

1.1.1. Selbstpositionierung und Information über die momentane Umgebung

Zum einen können auf Anfrage oder durch automatische Anzeige ortsbezogene Informationen gegeben werden, die dem Nutzer eine Orientierung an seinem momentanen Standort ermöglichen oder ihm andere für ihn wichtige Daten über seine Umgebung ~~damit kann~~⁹ z.B. das nächste italienische Restaurant gesucht werden und mit Direktwahl per Tastenklick gleich ein Tisch reserviert werden. Ebenso kann der nächste Bankautomat, die günstigste Tankstelle oder ein Arzt und der Weg dorthin mittels eines Stadtplanausschnitts auf dem Display angezeigt werden. Programme der dem Standort des Nutzers nahegelegenen Kinos oder Theater, sowie anderer Veranstaltungen vor Ort und ein dazugehöriger Ticket-Service können auf das Display eingespielt werden. Des Weiteren kann der Nutzer einen gewünschten Dienstleister aus den Gelben Seiten, das Wetter oder die Verkehrssituation in der Umgebung erfragen sowie sein Mobilgerät als mobiles Navigationssystem nutzen, um Staus zu umgehen.

⁹ Siemens (Hrsg.), LoCation Services, S. 8.

1.1.2. Personensuche

Zum anderen kann der Nutzer über das Mobiltelefon jederzeit den ungefähren Standort einer bestimmten Person ermitteln oder sich melden lassen, dass bestimmte Personen in der Nähe sind¹⁰.

Sogenannte child-watch-Applikationen z. B. sollen Eltern die Möglichkeit geben, ihre Kinder über das Mobiltelefon zu orten, so dass sie Sicherheit über deren momentanen Aufenthaltsort erhalten¹¹.

Haben sich die Nutzer gegenseitig eine Lokalisierung zugebilligt, kann ein Nutzer beispielsweise auch feststellen, ob Freunde in der Nähe sind oder wie weit ein Geschäftspartner noch vom vereinbarten Treffen entfernt ist. Dazu wählt der Nutzer eine Person oder eine Gruppe von Personen aus und erhält auf Anfrage deren Aufenthaltsort und die Entfernung zum eigenen Standort¹². In der Schweiz stellt Swisscom seinen Kunden mit der friendZone bereits einen solchen Dienst zur Verfügung¹³. Auch in Deutschland wird seit 2003 ein derartiger Personenortungsdienst namens Buddy Alert von den beiden Netzbetreibern Vodafone und O₂ angeboten¹⁴.

Außerdem kann die Ortung bei älteren oder kranken Personen eingesetzt werden, um im Falle eines Notrufs den Standort des Patienten genau zu bestimmen¹⁵. In den USA z. B. ist seit 1996 gesetzlich vorgeschrieben, dass Personen, die den Notruf E-911 wählen, auf die Mobilfunkzelle genau identifizierbar sein müssen¹⁶. Seit 01.10.2001 sollte der Anrufer in 67% der Fälle auf 100 m genau lokalisierbar sein, wie die zweite Stufe dieses Gesetzes es vorsieht¹⁷.

¹⁰ Bager, Das Handy kennt den Weg, <http://www.heise.de/ct/01/22/168/>.

¹¹ Robben, Location Based Services, <http://www.ecin.de/technik/lbs/print.html>.

¹² Siemens (Hrsg.), SieFriend, <http://www.pse.siemens.at/apps/pseauftritt/ge/pseinternet.nsf/?Open>.

¹³ Bager, Das Handy kennt den Weg, <http://www.heise.de/ct/01/22/168/>.

¹⁴ Genauere Ausführungen hierzu unter Punkt 1.6.7..

¹⁵ o. V., Das Herz Handy, <http://www.vitaphone.de>.

¹⁶ Andreadis/Benelli/Bianchi/Fedele/Giambene, Universal Access to Personalised Information Services, S. 3.

¹⁷ Robben, Location Based Service, <http://www.ecin.de/technik/lbs/print.html>.

1.1.3. Flottenmanagement

Schließlich sollen Location Based Services dazu dienen, Unternehmen eine ortsbezogene Supervision ihrer Firmenfahrzeuge und Führung von Mitarbeitern im Außendienst zu ermöglichen¹⁸. Der Standort eines Fahrzeugs und die gewählte Transportroute können mittels standortbezogener Dienste ermittelt werden¹⁹. Dadurch kann auch festgestellt werden, welches Fahrzeug z. B. einem bestimmten Kunden gerade am nächsten ist und einen von diesem eingegangenen Auftrag übernehmen kann. Fahrzeugflotten können dabei optimiert werden, weil durch ortsbezogene Routenplanung Umwege und unnütze Leerfahrten vermieden werden.

1.2. Kommunikationsfunktionen von Mobiltelefonen und Location Based Services

Ortsbezogene Dienste können mittels unterschiedlicher Kommunikationsfunktionen, die auf mobilen Endgeräten möglich sind, erbracht werden.

In der Praxis werden Location Based Services bislang hauptsächlich auf den WAP-Portalen, also über das mobile Internet, angeboten. Die ortsbezogenen Informationen lagern dabei auf einem Server²⁰ in einer automatisierten Datei und werden dem Nutzer auf seine Anfrage hin zugesandt²¹.

Standortbezogene Dienste können aber auch per SMS²² erbracht werden. Dabei bietet sich zum einen die Möglichkeit, dass der Nutzer per SMS eine bestimmte ortsbezogene Information erfragt und diese daraufhin per SMS zugesandt bekommt. Zum anderen besteht aber auch die Möglichkeit, dass dem Nutzer standortbezogene Informationen per SMS

¹⁸ Siemens (Hrsg.), LoCation Services, S. 9.

¹⁹ Siemens (Hrsg.), Location Based Services,
<http://www.pse.siemens.at/apps/pseauftritt/ge/pseinternet.nsf/?Open>.

²⁰ Ein Server ist ein zentraler Rechner in einem Netzwerk, der den einzelnen Arbeitsstationen Daten, Speicher und Ressourcen zur Verfügung stellt.

²¹ Ericsson (Hrsg.), Multimedia Message Service, S. 4.

²² Short Message Service, erlaubt den Versand von alphanumerischen Nachrichten mit bis zu 160 Zeichen.

unangefordert zugesandt werden, z. B. Werbung, oder dass ihm per SMS Informationen angeboten werden, die er dann kostenpflichtig anfordern kann.

In der Entwicklung sind aber auch sprachgesteuerte Location Based Services. Die Informationen, die bisher über WAP-Seiten abrufbar sind, werden damit über Sprachportale zugänglich gemacht²³. Dabei soll die Kommunikation zwischen Benutzer und Portal komplett über Spracherkennungs- und Sprachsynthesysteme laufen. Österreichische Nutzer können schon seit Mitte 2001 beim Sprach-Portal von Sonorys ortsbezogene Informationen per Anruf abfragen²⁴. Eine Computerstimme fragt nach der gesuchten Information und reagiert auf Schlüsselwörter und –sätze.

Auch das sogenannte i-mode ermöglicht Location Based Services²⁵. I-mode ist ein Mobilfunk-Dienst, der ähnlich wie WAP einen mobilen Internet-Zugang realisiert und 1999 von Japans größtem Mobilfunknetz-Betreiber, NTT DoCoMo, eingeführt wurde²⁶. I-mode-Entwickler NTT DoCoMo betreibt in Japan bereits standortbezogene Dienste²⁷. Dazu gehören neben Wetter- und Verkehrsinformationen auch Restaurant- und Hotelführer. Der Netzbetreiber E-Plus bietet mittlerweile ebenfalls standortbezogene Dienste über i-mode an. Dazu benötigt der Nutzer aber ein spezielles i-mode-fähiges Mobiltelefon²⁸.

1.3. Location Based Services als Push- oder Pull-Dienste

Bei mobilen Diensten ist zwischen Hol-Diensten (Pull-Dienste) und Bring-Diensten (Push-Dienste) zu unterscheiden, je nachdem, ob die Information auf Anfrage des Nutzers hin gegeben wird, oder unabhängig vom Bedarf des Nutzers vom Anbieter geliefert wird²⁹.

Mobilfunkdienste wie WAP oder E-Mail³⁰ sind derzeit fester Bestandteil des Nachrichtenaufkommens im Mobilfunknetz. Es handelt sich dabei um klassische Pull-Dienste, da die

²³ Bager, Das Handy kennt den Weg, <http://www.heise.de/ct/01/22/168>.

²⁴ o. V., Vom Plan nach Web & Wap, <http://www.sonorys.com/press/index.shtml>.

²⁵ Bager, Das Handy kennt den Weg, <http://www.heise.de/ct/01/22/168>.

²⁶ Nevarsa (Hrsg.), i-mode, S. 2.

²⁷ Bager, Das Handy kennt den Weg, <http://www.heise.de/ct/01/22/168>.

²⁸ Zu dem von E-Plus angebotenen Dienst näher unter Punkt 1.6.5..

²⁹ Ericsson (Hrsg.), Multimedia Messaging Service, S. 4.

Nachrichten auf einem Server lagern, und der Adressat entscheidet, wann er die Informationen abrufen will. Er entscheidet dabei auch, ob und in welcher Reihenfolge er sich die Inhalte ansehen möchte, ob er lokal speichern oder nur „öffnen“ möchte³¹.

Große Bedeutung hat aber, vor allem in Deutschland, die Anwendung SMS erlangt³². SMS ist ein Nachrichtenverkehr mit Push-Funktion, der typischerweise im Interesse des Versenders und Anbieters agiert³³. Die Mitteilungen werden dem Empfänger bis ins Mobilgerät gesandt, bereit zum sofortigen Ansehen, und ziehen seine Aufmerksamkeit durch ein akustisches und visuelles Signal auf sich.

Immer, wenn es um neue Geschäfte mit potentiellen Kunden geht, aber auch beispielsweise zur geschäftlichen Anbindung von Außendienstmitarbeitern, haben Push-Dienste große Wirkung, eben weil sie nicht erfragt werden, sondern ankommen, ob der Nutzer möchte oder nicht.

Technisch arbeiten heutige Push-Dienste mit SMS als Auslöser³⁴. Man bekommt eine Kurzmitteilung mit einer Telefonnummer oder einer WAP-Adresse. Wählt man diese beim Lesen der SMS in der Mobilgerät-Anzeige aus, wird sie aktiviert.

Bei den gegenwärtig angebotenen ortsbezogenen Diensten handelt es sich um Pull-Dienste, d.h. der Nutzer ruft bei Bedarf die benötigten Standortinformationen gezielt ab.

Aus kommerzieller Sicht verlockender sind allerdings Push-Dienste. Dabei werden dem Nutzer Nachrichten auf das Display gespielt, sobald er eine bestimmte Mobilfunkzelle betritt oder er erhält sie als Zusatzinformation zu einem angeforderten Dienst³⁵. Das können z.B. Sonderpreise für bestimmte Produkte oder Zeitspannen sein, Preissenkungen für Veranstaltungen bei Restkontingenten oder Gutscheine für spezielle Zielgruppen. Dies stellt für Unternehmen eine einfache und sehr kostengünstige Möglichkeit dar, eine Vielzahl von Nutzern persönlich zu erreichen. Damit besteht aber die Gefahr, dass der Nutzer einer unkontrollierbaren Flut von Werbebotschaften ausgesetzt ist.

³⁰ Electronic Mail, mittels elektronischer Post lassen sich Nachrichten und angehängte Dateien aller Art übermitteln. E-Mail ist als mobile Kommunikationsfunktion noch nicht auf Mobiltelefonen möglich, die auf GSM-Standard basieren, erst der GPRS-Standard erlaubt diese Funktion.

³¹ *Ericsson (Hrsg.)*, Multimedia Messaging Service, S. 3.

³² *Ericsson (Hrsg.)*, Multimedia Messaging Service, S. 2.

³³ *Ericsson (Hrsg.)*, Multimedia Messaging Service, S. 4.

³⁴ *Ericsson (Hrsg.)*, Multimedia Messaging Service, S. 4.

³⁵ *Obermeier*, Handy meldet: Freunde in der Nähe, in: SZ vom 29.08.2001, VP2/S. 5(5).

1.4. Unterschiedliche Mobilfunkstandards und ihre Auswirkungen auf Location Based Services

Im Bereich des Mobilfunks wurden nacheinander verschiedene Funknetze entwickelt. Da der Übergang von der einen zur nächsten Netzgeneration sich nur langsam vollzieht, weil dies für die Netzbetreiber hohe Investitionen erfordert, werden die einzelnen Funknetzstandards in der Praxis teilweise parallel eingesetzt. Als sicher gilt, dass die bestehenden Netze GSM und GPRS, sowie in Zukunft auch UMTS, längere Zeit parallel bestehen werden³⁶. Diese Standards, die in Deutschland gegenwärtig hauptsächlich zum Einsatz kommen, dargestellt, da sie die Grundlage für das Angebot ortsbezogener Dienste bilden.

1.4.1. GSM-Standard

Am 01.07.1992 wurde in Deutschland unter der Bezeichnung GSM³⁷ das erste digitale Netz eingeführt³⁸. Darüber hinaus wurde mit GSM erstmals in Europa ein einheitlicher Mobilfunkstandard geschaffen, der auch über nationale Grenzen hinweg genutzt werden konnte³⁹. GSM-Netzbetreiber in Deutschland waren anfangs nur die aus der deutschen Post hervorgegangene T-Mobil Deutschland GmbH und D2 Mannesmann Mobilfunk, die erste private Telefongesellschaft Deutschlands und heutige Vodafone Telecommerce GmbH⁴⁰. Im Sommer 1994 nahm die E-Plus Service GmbH & Co KG den Netzbetrieb auf, gefolgt von der Viag Interkom GmbH & Co KG, die seit kurzem unter dem Namen O2 GmbH &

³⁶ Lehner, Mobile Business und mobile Dienste, S. 14.

³⁷ Global System of Mobile Communications.

³⁸ Brock, Mobilität, <http://www.brock.uni-wuppertal/Projekte/Kittelmann/theorie2.html>.

³⁹ Pehl, Mobilfunk, S. 12.

⁴⁰ Gajek, Mobilfunk FAQs, <http://www.gajek.de>.

Co OHG firmiert, im Jahr 1998⁴¹. Ende 1998 konnten die vier Netzbetreiber bereits eine Kundenbasis von über 13 Mio. Teilnehmern verzeichnen⁴².

Im GSM-Netz wurde erstmals der Zugang zum Internet über WAP möglich. Dies ist ein weltweit einheitliches Übertragungsprotokoll, mit dem Internet-Inhalte auf mobile Endgeräte transferiert werden können⁴³. Per Micro-Browser⁴⁴ lassen sich Applikationen und Dienste zu jeder Zeit und an jedem Ort mit dem Mobilgerät abrufen⁴⁵. Die Sprache, mit der dies geschieht, heißt WML⁴⁶ und ist ähnlich aufgebaut wie der WWW-Standard HTML⁴⁷. Eine verringerte Version wird durch die niedrigen Übertragungsraten des GSM-Netzes von 9,6 Kbit/s und die geringe Bildschirmgröße der mobilen Endgeräte notwendig⁴⁸. Dementsprechend bestehen WAP-Inhalte derzeit hauptsächlich aus Textdaten und können nicht mit den graphisch aufwendigen Seiten des WWW konkurrieren⁴⁹.

Bei Mobiltelefonen, die auf GSM-Standard basieren, können Location Based Services über das WAP-Portal des jeweiligen Anbieters genutzt werden⁵⁰.

Kosten für die Verbindung zum mobilen Internet entstehen dabei je nach Verbindungsdauer. Im GSM-Standard wird zwei Kommunikationspartnern ein Kanal für die Dauer einer Datenübertragung (Sprach- oder Textübermittlung) zur Verfügung gestellt⁵¹. Weil für jede Datenübermittlung eine Verbindung erst hergestellt werden muss und aufgrund der im Vergleich zu anderen Standards geringen Datenübertragungsrate ist eine WAP-Verbindung und damit auch der Abruf ortsbezogener Dienste über WAP im derzeit noch gängigsten Standard GSM relativ zeitaufwendig und kostenintensiv.

⁴¹ Gajek, Mobilfunk FAQs, <http://www.gajek.de>.

⁴² Regulierungsbehörde (Hrsg.), Teilnehmerentwicklung im Mobiltelefondienst nach Netzen, http://www.regtp.de/aktuelles/in_03-06-00-00-00_m/04/01/index.html.

⁴³ Forit (Hrsg.), Mobile Commerce in Deutschland, S. 12; Siemens (Hrsg.), UMTS, S. 13.

⁴⁴ Browser ist die Software, welche die Darstellung von Informationen und den Zugriff auf einen Server innerhalb des World Wide Web (WWW) oder Wireless Application Protocol (WAP) steuert.

⁴⁵ o.V., Erste Gehversuche des mobilen Geschäfts, Computerwoche 5/2000, S. 20(20).

⁴⁶ Wireless Markup Language, das Dateiformat für WAP-Seiten. Das Dateiformat für WWW-Seiten heißt Hypertext Markup Language. WML und HTML sind Auszeichnungssprachen und haben die Aufgabe, die logischen Bestandteile eines Dokuments zu beschreiben. Der Browser schließlich interpretiert den Quelltext und stellt die WAP- oder WWW-Seite dar.

⁴⁷ o.V., WAP und WML, http://glossar.de/glossar/z_wap.htm.

⁴⁸ Baumann, WAP, <http://www.gratiswaren.net/spezial/wap/wap.html>.

⁴⁹ o.V., WAP und WML, http://glossar.de/glossar/z_wap.htm.

⁵⁰ Bager/Gleich, Such, Handy!, in: c't 22/2001, S. 172(172).

⁵¹ Lehner, Mobile Business und mobile Dienste, S. 14.

1.4.2. GPRS-Standard

Das GPRS⁵²-Netz von T-Mobil war zum Jahresbeginn 2001 in Deutschland in Betrieb. GPRS-basierte Mobiltelefone konnten daher im Jahr 2001 auf dem deutschen Mobilfunkmarkt eingeführt werden⁵³. Die Datenübertragungsrate von GPRS beträgt theoretisch bis zu 171 KBit/s⁵⁴. Dieser Wert stellt aber nur die Gesamtkapazität unter optimalen Ausbreitungsbedingungen dar, die sich alle Nutzer einer Funkzelle teilen, so dass im Schnitt zunächst Datenraten von ca. 30 KBit/s zu erwarten sind⁵⁵. Damit ist aber immer noch eine drei- bis vierfach schnellere Datenübertragung als bei GSM-basierten Mobiltelefonen möglich.

Ein weiterer Vorteil ist, dass GPRS-Mobilgeräte immer online sind, das heißt, dass über einen Kanal, der nicht von Sprachpaketen belegt wird, die Verbindung zum Internet ständig bestehen bleibt. Auch bei GPRS werden Internet-Inhalte und damit auch ortsbezogene Dienste per WAP auf mobile Endgeräte transferiert. Dabei wird der Kanal von mehreren Nutzern geteilt und nur dann beansprucht, wenn tatsächlich Daten zu übertragen sind. Die Tatsache, dass bei den einzelnen Datenübertragungen nicht wie bei GSM jeweils eine neue Verbindung aufgebaut werden muss, beschleunigt ebenso wie die höhere Datenübertragungsrate den Abruf von Internet-Inhalten auf das Mobilgerät-Display. Kosten fallen für den Nutzer dabei nicht nach der Zeit an, in der die Verbindung zum Internet besteht, sondern je nach Menge der übertragenen Daten⁵⁶.

⁵² General Packet Radio Service.

⁵³ *Rohrbacher/Schoblick*, Paketvermittelt in die Zukunft, in: *Funkschau* 1/2001, S. 20(20).

⁵⁴ *Lehner*, *Mobile Business und mobile Dienste*, S. 14.

⁵⁵ *Lehner*, *Mobile Business und mobile Dienste*, S. 15.

⁵⁶ *Siemens (Hrsg.)*, *UMTS*, S. 14.

1.4.3. UMTS-Standard

UMTS⁵⁷ bezeichnet den vom europäischen Normungsinstitut für Telekommunikation ETSI verabschiedeten Standard für mobile Kommunikation der dritten Generation in Europa⁵⁸. Er ist ein Subsystem innerhalb der IMT-2000-Spezifikation, der im Rahmen der ITU⁵⁹ von den nationalen Regulierungsbehörden weltweit gefundenen gemeinsamen Regelung für Mobilfunknetze der dritten Generation⁶⁰. Nach dieser Spezifikation sind nun mehrere Systeme zulässig, nachdem über ein weltweit einheitliches System keine Einigkeit erzielt werden konnte.

Durch die UMTS-Technologie sollen die existierenden Standards zunächst ergänzt und langfristig durch ein unabhängiges Netz vollständig ersetzt werden⁶¹. Das UMTS-Netz ist eine Weiterentwicklung des bestehenden GSM-Netzes, die vollkommen neu entwickelte Funkübertragung innerhalb des Netzes ermöglicht eine Datenübertragungsrate von bis zu 2 Mbit/s⁶². Das UMTS-Funknetz setzt sich hierarchisch aus einer terrestrischen und einer satellitengestützten Ebene zusammen. Die terrestrische Ebene wird nochmals in Makro-, Mikro- und Picozellen unterteilt. Die Satellitenebene realisiert die globale Funkabdeckung, während die terrestrische Ebene die flächendeckende Grundversorgung garantiert⁶³.

Die hierarchischen Versorgungsebenen lassen dabei unterschiedliche Datentransferraten zu. Bei einer limitierten Mobilität des Nutzers von bis zu 10 km/h und somit quasistationärem Betrieb in der Picoebene wird die maximale Datenübertragungsrate von bis zu 2 Mbit/s tatsächlich erreicht. Bewegt sich der Nutzer in der Mikroebene beispielsweise mit dem Auto oder im Zug mit Geschwindigkeiten von unter 120 km/h, reduziert sich die Datenübertragungsrate bereits auf 384 Kbit/s. In der sogenannten Makroebene wird bei Geschwindigkeiten bis zu 500 km/h nur noch eine Datenübertragung von bis zu 144 Kbit/s garantiert⁶⁴.

⁵⁷ Universal Mobile Telecommunication System.

⁵⁸ Siemens (Hrsg.), UMTS, S. 16.

⁵⁹ International Telecommunications Union.

⁶⁰ Lehner, Mobile Business und mobile Dienste, S. 15.

⁶¹ Webb, The Complete Wireless Communications Professional, S. 15.

⁶² Labek/Libovsky/Pacher/Ruzicka, Location Based Services im Bereich Business to Customer, S. 12.

⁶³ Lehner, Mobile Business und mobile Dienste, S. 15.

⁶⁴ o.V., UMTS, http://www.glossar.de/glossar/z_umts.htm.

UMTS sieht zwei Kernkomponenten vor, Funknetz und Trägernetz. Das Funknetz besteht aus den Mobilgeräten und der Basisstation, zwischen denen per Funkübertragung kommuniziert wird. Das Trägernetz verbindet wiederum die Basisstationen untereinander und schafft auch Verbindungen zu ISDN, Internet oder anderen⁶⁵.

Die ersten kommerziellen UMTS-Netze in Europa wurden im Sommer 2001 auf der Isle of Man und in Monaco in Betrieb genommen⁶⁶. Die Einführung des kommerziellen UMTS-Netzes in Deutschland wurde ab Ende 2002 mit Konzentration auf die Ballungszentren (Großstädte und nutzungsintensive Brennpunkte wie Flughäfen, Messen, Bürozentren) begonnen. Eine stufenweise Ausbreitung in dünner besiedelte Gebiete soll nach und nach erfolgen⁶⁷. Nach den Vorgaben der Regulierungsbehörde müssen Ende 2003 etwa 25 % und Ende 2005 etwa 50 % der Bevölkerung mit UMTS versorgt werden können⁶⁸.

Über UMTS können mittlerweile die gleichen Angebote standortbezogener Dienste wie über GPRS in Anspruch genommen werden⁶⁹.

Die Gebührenabrechnung kann bei UMTS entweder nach dienstbezogenen Tarifen erfolgen oder, da für UMTS neben der leistungsvermittelten Verbindung ebenfalls die paketorientierte Übertragung möglich ist, mittels einer am übertragenen Datenvolumen orientierten Anrechnung wie sie bei GPRS angewandt wird⁷⁰.

1.5. Lokalisierung des Nutzers

Bei Inanspruchnahme standortbezogener Dienste muss der Nutzer nicht wissen, wo er sich selbst gerade befindet. Da sein Mobilgerät nicht nur Funksignale empfängt, sondern auch sendet, bieten Mobilfunknetze die Möglichkeit, die ungefähre geographische Position eines Mobiltelefons zu bestimmen. Beim Aufbau einer Verbindung eines Mobiltelefons auf GSM-, GPRS- oder UMTS-Standard erfolgt die Ortung über die geographische Position

⁶⁵ Lehner, Mobile Business und Mobile Dienste, S.16.

⁶⁶ Siemens (Hrsg.), UMTS, S. 18.

⁶⁷ Karcher, Mit dem Video-Handy on the Road, in: E-Commerce Magazin 11/2000, S.106(112).

⁶⁸ Lehner, Mobile und drahtlose Informationssysteme, S.71; Langen/Volkmer, Ohne Location-based Services kein erfolgreiches UMTS, http://www.experteam.d...ikel/Ber03_PV.html?Themen+Geodaten.

⁶⁹ Sixt, Location Based Services - Zukunft des mobilen Internet?, <http://www.zdnet.de/news/tkomm/0,39023151,2138762,00.htm>.

⁷⁰ Lehner, Mobile und drahtlose Informationssysteme, S. 73.

der sogenannten gesprächsführenden Mobilfunkzelle⁷¹. Näherungsweise wird der Standort der Funkantenne der Basisstation, die jede Funkzelle hat, oder der ungefähre Mittelpunkt der gesprächsführenden Funkzelle als Standort eines Mobiltelefons angenommen⁷².

Die Mobilfunkanbieter haben das Bundesgebiet beim Aufbau ihrer GSM-Netze in je rund 25 000 Zellen unterteilt, die je nach Nutzungsintensität unterschiedlich groß sind und jeweils eindeutig über eine Identifikationsnummer, die Cell-ID, identifizierbar sind⁷³. In Ballungszentren sind diese relativ klein und erlauben eine Lokalisierung auf 100 bis 500 Meter genau⁷⁴. In dünner besiedelten und schwach frequentierten Gebieten kann eine Funkzelle theoretisch bis etwa 35 Kilometer abdecken, was viele ortsbezogene Dienste in ländlicheren Gebieten relativ ungenau macht⁷⁵. Für die meisten kommerziellen standortbezogenen Anwendungen ist dieses Verfahren jedoch ausreichend, da in weniger dicht besiedelten Gebieten in den meisten Fällen auch gröbere Angaben ausreichen, um z. B. die nächste Apotheke zu finden.

In Zukunft soll aber eine verbesserte Technik dazu führen, dass der Nutzer genauer geortet werden kann. Folgende Ortungsverfahren sind dabei in der Entwicklung.

1.5.1. Ortung nach der TA- oder TDOA-Technologie

Bei der TA⁷⁶- oder TDOA⁷⁷-Methode wird der Abstand des Mobiltelefons zur Basisstation anhand der Dauer der Signallaufzeit zwischen der Basisstation und dem Mobilgerät ermittelt⁷⁸. Auf derselben Strecke kann, um das Verfahren genauer zu machen, zusätzlich die Abnahme der Signalstärke gemessen werden⁷⁹. Die Zeitdifferenz und die Differenz zwischen Ausgangsleistung und Empfangsleistung sind dann Indikatoren für die Entfernung.

⁷¹ o.V., Location Based Services, <http://www.d2mannesmann.de/3035.html>; Bager/Gleich, Such, Handy!, c't 22/2001, S. 172 (172).

⁷² o.V., Praxistest: Vor-Ort-Dienste per WAP, http://www.xonio.com/features/feature_8750726.html.

⁷³ Obermeier, Handy meldet: Freunde in der Nähe, in: SZ vom 29.08.2001, VP2/S. (5)5.

⁷⁴ Bager, Das Handy kennt den Weg, <http://www.heise.de/ct/01/22/168/>.

⁷⁵ Siemens (Hrsg.), LoCation Services, S.4.

⁷⁶ Timing Advance.

⁷⁷ Time Difference of Arrival.

⁷⁸ o.V., Location Based Services: enhanced Cell-ID, <http://www.mobile-business-services.de/sub8-2.htm>.

⁷⁹ Siemens (Hrsg.), LoCation Services, S. 5.

Die Messungen finden dabei im Netz statt, und die Koordinaten des Mobilgeräts werden von einer Ortungseinheit im Netz berechnet⁸⁰. Dieses Verfahren kann aber durch Umwelt- und Wettereinflüsse oder Reflexionen an Gebäuden gestört werden⁸¹. Geeignet ist dieses Verfahren für gehobene Ortsanwendungen, z.B. sicherheitsrelevante Anwendungen⁸².

1.5.2. Ortung nach der E-OTD-Technologie

Mit dem E-OTD⁸³-Verfahren werden am Mobiltelefon die Laufzeiten empfangener Signale gemessen und zwar zwischen der Basisstation, welche die Funkzelle versorgt, und zusätzlich mindestens zwei weiteren benachbarten Basisstationen⁸⁴. Die Ergebnisse werden ins Verhältnis zueinander gestellt. Da die Basisstationen mit ihren Koordinaten bekannt sind, kann über Triangulationen⁸⁵ die Position entweder im mobilen Endgerät direkt oder im Netzwerk berechnet werden⁸⁶. E-OTD verlangt eine Aufrüstung an den mobilen Geräten. Die Genauigkeit beträgt etwa 100 - 200 Meter⁸⁷. Bei günstigen Bedingungen ist eine Standortbestimmung bis auf wenige Meter genau möglich⁸⁸.

1.5.3. Ortung nach der A-GPS-Technologie

Durch Kombination der Mobiltelefone mit Empfängern des globalen Satelliten-Ortungssystem GPS⁸⁹, das auch für Navigationssysteme eingesetzt wird, soll eine Positionsbestimmung unabhängig vom Mobilfunknetz möglich werden⁹⁰. Ursprünglich stand GPS nur dem U.S.-Militär zur Verfügung. Für die spätere öffentliche zivile Nutzung wurde

⁸⁰ Ericsson (Hrsg.), Ortsbezogene Mobilfunkdienste, S. 3.

⁸¹ Ericsson (Hrsg.), Ortsbezogene Mobilfunkdienste, S. 5.

⁸² o.V., Location Based Services: enhanced Cell-ID, <http://www.mobile-business-services.de/sub8-2.htm>.

⁸³ Enhanced Observed Time Difference.

⁸⁴ Ericsson (Hrsg.), Ortsbezogene Mobilfunkdienste, S. 4.

⁸⁵ Dreiecksberechnungen.

⁸⁶ Siemens (Hrsg.), LoCation Services, S. 5.

⁸⁷ Ericsson (Hrsg.), Ortsbezogene Mobilfunkdienste, S. 3.

⁸⁸ Siemens (Hrsg.), LoCation Services, S. 5.

⁸⁹ Global Positioning System.

⁹⁰ Robben, Location Based Services, <http://www.ecin.de/technik/lbs/print.html>.

bis 01.05.2000 ein spezielles Unschärfeverfahren eingesetzt. Seitdem das Unschärfeverfahren nicht mehr verwendet wird, ist die öffentlich zugängliche Satellitenortung bis auf zehn Meter genau möglich⁹¹. Zu den Nachteilen von GPS-Chips in Mobiltelefonen gehört, dass diese einen relativ hohen Stromverbrauch verursachen und die Ortung bis zu zehn Minuten dauern kann⁹². Außerdem muss die Ortungsarbeit vom Mobiltelefon geleistet werden, weshalb eine Sichtverbindung des Geräts zu mindestens drei Satelliten notwendig ist. Die Ortung innerhalb von Gebäuden oder zwischen hohen Gebäuden ist daher nicht allein durch GPS möglich⁹³. Aber auch schon durch eine Wolkendecke kann der Empfang der Signale eingeschränkt werden⁹⁴.

Um diese Nachteile zu umgehen, wird als einfachere Variante der direkten Satellitenortung A-GPS⁹⁵ entwickelt, bei der zunächst die Mobilfunkzelle über fest installierte GPS-Empfänger im Netz bestimmt wird, und dann erst der genaue Standort des Mobilgeräts⁹⁶. Das erleichtert die Berechnung im Einzelfall und verkürzt einen Positionierungsvorgang bis auf wenige Sekunden⁹⁷. Auch die Ortung in Gebäuden ist mit A-GPS möglich⁹⁸. Wegen seiner großen Genauigkeit ist dieses Verfahren für sicherheitsrelevante Anwendungen mit höchsten Anforderungen geeignet⁹⁹.

1.5.4. Ortung bei Mobiltelefonen auf UMTS-Standard

Obwohl das UMTS-Netz eine Weiterentwicklung des bestehenden GSM-Netzes ist, kann die Ortung nicht genauso wie beim GSM- und GPRS-Standard erfolgen, da UMTS nicht gepulst ist, also z. B. keine Timing Advances genutzt werden können. Daher leidet das der E-OTD-Technologie im GSM-Standard entsprechende UMTS-Verfahren „Observed Time Difference of Arrival“ (OTDOA) daran, dass die Sender schlecht zu hören sind, zumal bei

⁹¹ Bager, Das Handy kennt den Weg, <http://www.heise.de/ct/01/22/168/>.

⁹² Siemens (Hrsg.), LoCation Services, S. 6.

⁹³ o. V., Praxistest : Vor-Ort-Dienste per WAP, http://www.xonio.com/features/feature_8750726.html.

⁹⁴ Siemens (Hrsg.), LoCation Services, S. 6.

⁹⁵ Assisted Global Positioning System.

⁹⁶ Ericsson (Hrsg.), Ortsbezogene Mobilfunkdienste, S. 5.

⁹⁷ Siemens (Hrsg.), LoCation Services, S. 6.

⁹⁸ o. V., Location Based Services – AGPS, <http://www.mobile-business-services.de/sub8-4.htm>.

⁹⁹ o. V., Location Based Services – AGPS, <http://www.mobile-business-services.de/sub8-4.htm>.

UMTS mit noch geringeren Sendeleistungen gearbeitet wird¹⁰⁰. Zu einer Ortsbestimmung muss über mindestens drei Sender trianguliert werden.

Eine Methode, auch UMTS-Handys die Ortung zu erleichtern, besteht darin, das stationäre Signal der Sender nacheinander periodisch abzuschalten. Dieses Verfahren wird IP-DL¹⁰¹ genannt und ist durch die UMTS-Norm zwar vorgesehen, aber umständlich.

Alternativ bietet sich an, in Dual-Mode-Geräten, die neben UMTS auch in GSM aktiv sein können, die herkömmliche GSM-Ortung zu nutzen.

1.5.5. Konsequenzen der Ortung

Dadurch, dass der Aufenthaltsort des Kunden jederzeit genau erfasst werden kann, stehen den Netzbetreibern aber auch eine Fülle weiterer Informationen zur Verfügung. Bei genauer Ortung können persönliche Lebensstile und Kaufverhalten mit demographischen Daten der Nutzer verknüpft und sehr genaue Verbraucherprofile entwickelt werden. Dies birgt die Gefahr, dass der Nutzer zum gläsernen Konsumenten wird, dem ganz speziell auf seine Bedürfnisse zugeschnittene Angebote oder Werbebotschaften zugeschickt werden können. Der Nutzer z. B. bei allen Diensten der Netzbetreiber O₂ und Vodafone die Positionsbestimmung selbst aktiv auslösen¹⁰². Selbst dann, so versichert der Netzbetreiber Vodafone, werden die persönlichen Standortdaten nur anonym über eine spezielle personenunabhängige Kennung weitergegeben¹⁰³. Der Inhalteanbieter könne folglich nur feststellen, dass sich an dem ermittelten Standort ein Mobilfunkkunde aufhält, Rückschlüsse auf die Identität sind nicht möglich. Dabei handelt es sich aber um sich von einzelnen Mobilfunkanbietern selbst gesetzte Vorgaben. Der Nutzer kann daher nicht sicher sein, dass dies einen allgemein verbindlichen Standard aller Diensteanbieter darstellt.

¹⁰⁰ Ericsson (Hrsg.), Ortsbezogene Mobilfunkdienste, S. 5.

¹⁰¹ Idle Period on the Downlink.

¹⁰² o.V., Mit WAP nah dran, <http://www.d2mannesmann.de/1422.html>; o.V., Viag Interkom erweitert Location Based Services, http://www.telefontest.de/news/997292073.24000_.html.

¹⁰³ o.V., Mit WAP nah dran, <http://www.d2mannesmann.de/1422.html>.

1.6. Derzeitige Angebote von Location Based Services

Nach der CeBIT von 22. – 28. März 2001 haben alle vier deutschen Netzbetreiber Location Based Services auf ihren WAP-Portalen angeboten. Der Netzbetreiber E-Plus hat seine „Standortbasierten Auskünfte“ jedoch nur während einer kurzen Testphase angeboten. Seit 01.12.2001 bietet E-Plus keine standortbezogenen Mobilfunkdienste mehr über sein WAP-Portal an. Neben den Netzbetreibern liefern freie Portale wie Jamba! oder handy.de in Zusammenarbeit mit einzelnen Netzbetreibern standortbezogene Dienste über WAP. E-Plus vermittelt standortbezogene Mobilfunkdienstleistungen hingegen über i-mode. Von O₂ und T-Mobile werden darüber hinaus ortsbezogene Dienste per SMS angeboten.

Im Folgenden soll dargestellt werden, welche Dienste von den Netzbetreibern und, exemplarisch für andere Dienstleister, vom freien Portal Jamba! im Einzelnen angeboten werden und wie diese Dienste in Anspruch genommen werden können.

1.6.1. Standortbezogene WAP-Dienste von Vodafone

Bei Vodafone ist der Link „Standortbezogene Dienste“ auf dem WAP-Portal unter der Rubrik „Fun & Infos“ und darin wiederum unter „Unterwegs“, „Shopping“ oder „Guides“ zu finden. Eine Registrierung vor Nutzung der Dienste ist nicht erforderlich.

Vodafone bietet folgende Dienste an:

- Hotelsuche (Tourisline)
- Sonderangebote aus dem nahegelegenen Fachhandel (Kompazz)
- Suche nach Aral-Tankstellen
- Suche nach Edeka-Supermärkten
- Suche nach Vodafone-Shops
- Suche nach Restaurants, Kinos, Geldautomaten, Taxen oder Apotheken (Vodafone-NightGuide)

Wird der Link „Standortbezogene Dienste“ ausgewählt, erfolgt, nachdem der Nutzer seine Positionsbestimmung aktiv ausgelöst hat, die Lokalisierung des Mobiltelefons. Dann erscheinen nach zwei Seitenaufrufen beispielsweise die Hotels in der Umgebung mit Adresse und Entfernungsangabe. Werden andere Dienste gewählt, müssen teilweise mehr Seiten aufgerufen werden. Da sich das Mobiltelefon nur ungenau lokalisieren lässt, sind die Entfernungsangaben teilweise nicht zutreffend. Nicht angegeben wird die Telefonnummer der Hotels, so dass eine Zimmerreservierung per Telefonat nicht möglich ist. Allerdings wird eine Reservierung per WAP angeboten.

Für die Nutzung ortsbezogener Dienste erhebt Vodafone je nach angefordertem Dienst Gebühren zwischen 0,19 €/Min und 0,39 €/Min, hinzu kommen die WAP-Gebühren von 0,19 €/Min für den Zugang zum mobilen Internet über GSM bzw. die Kosten für die Nutzung des mobilen Internets über GPRS, die je nach gewähltem Tarif variieren.

1.6.2. Standortbezogene WAP-Dienste von T-Mobile

Bei T-Mobile finden sich die standortbezogenen Dienste auf dem WAP-Portal unter der Rubrik „T-Zones“, hier unter „Mehr Themen“ und hier wiederum unter dem Punkt „t-info“. Dabei muss sich der Nutzer vor jeder Ortung explizit mit der automatischen Lokalisierung einverstanden erklären.

Derzeit stehen folgende Angebote bereit:

- Reise und Verkehr: bietet Stau- und Radarinformation, Routenplaner, sowie Plan- und Flugauskunft
- In der Nähe: liefert Adressen zu Restaurants, Taxizentralen, Hotels, Apotheken und Ärzten
- Ausgehen: zeigt Restaurants, Bars, Events und Kinotipps

Es sind fünf Seitenaufrufe erforderlich, um vom WAP-Portal zu einer Liste mit Taxi-Unternehmen zu gelangen. Auch bei der Hotelsuche wird nach fünf Seitenaufrufen das Hotel mit Adresse und Entfernungsangabe angezeigt. Hieran lassen sich direkt weitere Schritte anschließen:

- Details zu den Hotels aufrufen (beim Test wurde lediglich die Adresse samt Fax-Nummer angezeigt)
- Eine Reservierung per WAP durchführen
- Von der WAP-Seite aus eine Telefonverbindung herstellen

T-Mobile bietet die standortbezogenen Dienste für die üblichen WAP-Gebühren von 0,19 €/Min an und verlangt zusätzlich ca. 0,49 € pro 30 Minuten für die Erbringung ortsbezogener Informationen¹⁰⁴. Wird die Information über ein GPRS-fähiges Mobiltelefon abgerufen, so fallen statt den Kosten für den WAP-Zugang über GSM Gebühren für den Zugang zum mobilen Internet je nach Menge der übertragenen Daten an. Die Kosten variieren hierbei je nach gewähltem Tarif, im Basistarif ohne Übertragungsguthaben beträgt die Gebühr 0,09 €/10 KB.

1.6.3. Standortbezogene WAP-Dienste von O₂

Auf dem WAP-Portal von O₂ sind standortbezogene Dienste unter der Rubrik „M-Kompass“ und hier wieder unter dem Stichwort „Lokales“, „in meiner Nähe“ oder „Clever Tanken“ zu finden und ohne Voranmeldung nutzbar. Dabei ermöglicht O₂ die Einverständniserklärung pro Ortung als Option.

Folgende Dienste stehen zur Verfügung:

- Staupilot: Verkehrsinformationen, die in einem dynamischen Routenplaner automatisch berücksichtigt werden
- Yellowmap Branchenbuch
- Kartenservice: Kartenausschnitte je nach dem derzeitigen Standpunkt
- Hotel-Suche (HRS Hotels)
- Restaurant-Finder
- Handy-Finder
- Tankstelle

¹⁰⁴ Sixt, Location Based Services, www.zdnet.de/news/tkomm/0,39023151,2138762,00.htm .

Die Suche nach einem Ergebnis innerhalb der einzelnen Dienste erfordert das Aufrufen mehrerer Seiten als dies bei T-Mobile oder Vodafone der Fall ist. So sind bei der Suche nach einem Hotel sieben Seitenaufrufe nötig. Zwar ist das Ergebnis dann sehr zuverlässig, durch die längere Suche steigen aber auch die Kosten.

Über den Menüpunkt „Aktionen“ lassen sich weitere Schritte direkt anschließen:

- Der Routenplaner zeigt den Weg zum Hotel
- Das Suchergebnis lässt sich als E-Mail oder SMS an Freunde verschicken
- Die Adresse lässt sich im Online-Adressbuch speichern
- Das Suchergebnis lässt sich als sogenannte M-Note speichern
- Mit einem Tastendruck kann man direkt das Hotel anrufen

Seit 01.01.2002 verlangt O₂ für Location Based Services zusätzlich zu den WAP-Kosten von 0,19 €/ Min bzw. 0,05 €/ 10 KB Gebühren in Höhe von 0,49 € pro LBS-Zugriff. Darin sind allerdings mehrere Aktionen enthalten, z.B. Informationsabfrage und Einsatz des Routenplaners oder Weiterleiten der Information an einen Geschäftspartner.

1.6.4. Standortbezogene WAP-Dienste von Jamba!

Mittlerweile können Kunden von T-Mobile auch standortbezogene Dienste des freien WAP-Portals Jamba! nutzen. Vor der Nutzung ist die Anmeldung bei Jamba! nötig. Die Standorterfassung erfolgt automatisch über den Netzbetreiber, wenn der Nutzer zuvor seine Zustimmung gegeben hat.

Unter der Rubrik „Mein Jamba!/Stadtpilot“ werden folgende Location Based Services angeboten:

- Unterwegs
- Ausgehen
- Kultur
- Shopping
- Hotels

- Taxi
- Wetter

Innerhalb dieser sieben Rubriken werden wiederum verschiedene Dienste angeboten. Beispielsweise kann unter dem Stichwort „Unterwegs“ nach Apotheken, Geldautomaten, Postämtern, Ärzten oder Krankenhäusern, Pannendiensten, Raststätten oder Autovermietungen gesucht werden. Die Dienste Hotel, Taxi und Wetter entsprechen dem Angebot von T-Mobile. Das gewünschte Ziel wird dabei mit wenigen Seitenaufrufen erreicht.

Die Suchergebnisse können auf verschiedene Art weiter verwertet werden:

- Direkter Rufaufbau
- Ansicht einer Karte
- Routenplanung

Für die anfangs kostenlos von Jamba! zur Verfügung gestellten Dienste sollen künftig Gebühren erhoben werden. Im Gespräch ist ein Abonnement-Modell, bei dem der Kunde eine feste Monatsgebühr entrichtet. Die Abrechnung erfolgt über die Telefonrechnung des Netzbetreibers.

1.6.5. Standortbezogene i-mode-Dienste von E-Plus

Als einziger deutscher Netzbetreiber bietet E-Plus bislang standortbezogene Mobilfunkdienste per i-mode an. Dazu muss der Nutzer die i-mode-Taste auf seinem Mobilfunkgerät drücken, um auf diese Weise i-mode zu aktivieren. In dem i-mode-Portal findet der Nutzer ortsbezogene Dienste unter der Rubrik „i-Menu“, hier unter „Gesamtmenü“ und hier wiederum unter dem Stichwort „Unterwegs“.

Folgende Dienste werden dort angeboten:

- Fahrpläne
- Verkehrsprognosen
- Stadtpläne

- Straßenkarten
- Restaurantsuche
- Hotel-Guide

Kosten entstehen dem Nutzer dabei in Höhe von 0.01 €/ KB. Zusätzliche Kosten entstehen dem Nutzer, wenn er einen dieser Dienste abonniert. Die Gebühr hierfür beträgt je nach Dienst zwischen 0,25 € und 2 € pro Monat.

1.6.6. Standortbezogene SMS-Dienste von O₂

O₂ bietet als erster deutscher Netzbetreiber ortsbezogene Dienste auch per SMS an. So können auch Nutzer, die kein WAP-fähiges Mobiltelefon besitzen, Dienste aus dem O₂ M-Kompass und dem LOOP CityScout für Prepaidkarten-Besitzer nutzen.

Um eine Anfrage zu starten, sendet der Nutzer eine SMS mit einem Suchbegriff an die Nummer 3463 („f-i-n-d“). Unmittelbar darauf erhält er per SMS die Antwort mit dem nächstgelegenen Treffer. Adresse und Telefonnummer sind aufgeführt, so dass der Nutzer anrufen und z. B. einen Platz reservieren kann. Gefällt dem Nutzer das angezeigte Objekt nicht, kann er mit dem Befehl „n“ den nächsten Treffer auf das Display des Mobiltelefons holen. Die Ergebnislisten sind dabei nach Entfernung gestaffelt. Die Liste der Befehle, die der Server versteht, umfaßt 18 Begriffe:

- | | |
|---------------|---------------------------------|
| - Bank, Geld: | Geldautomaten |
| - Hotel: | Hotels, Pensionen |
| - Taxi: | Taxiunternehmen |
| - Arzt: | Ärzte |
| - Kneipe: | Kneipen, Bistros |
| - Tanken: | Tankstellen |
| - Kino: | Kinosuche |
| - Café: | Cafés, Eis-Cafés |
| - Essen: | Restaurants, Schnellrestaurants |
| - Notfall: | Notrufdienste, Krankenhäuser |
| - Szene, Bar: | Bars, Diskotheken |

-
- | | | |
|---|--------------|------------------|
| - | Apotheke: | Apotheken |
| - | Pizza: | Pizzarestaurants |
| - | Supermarket: | Supermärkte |
| - | Post: | Postfilialen |
| - | Steak: | Steakhäuser |

Eine aktuelle Liste der Stichworte findet sich im Internet unter www.o2online.de und www.loop.de. Diese Liste erhält man auch als SMS, wenn man die Textnachricht „?“ an die Rufnummer 3463 („F-I-N-D“) schickt.

Für eine Anfrage fallen lediglich Gebühren in Höhe von 0,19 € für die Versendung des Suchbegriffs per SMS an, auch wenn mehrere Informations-Blöcke als Antwort kommen¹⁰⁵.

1.6.7. Standortbezogene Personenortungs-Dienste von Vodafone und O₂

Seit Anfang 2003 bieten die beiden Netzbetreiber Vodafone und O₂ mit „Buddy Alert“ mobile Community-Dienste¹⁰⁶ mit einem SMS-basierten Ortungsservice an. Dazu muss der Nutzer sich und die Personen, die er orten möchte, zunächst bei dem Diensteanbieter Mobiloco anmelden¹⁰⁷. Willigen die von ihm angegebenen Personen ein, kann der Nutzer jederzeit überprüfen, ob sie sich in der Nähe befinden. Dazu sendet er lediglich eine SMS mit dem Namen des Gesuchten oder der gesuchten Gruppe an die Nummer 82850.

Dabei können Einzelpersonen oder Gruppen mit bis zu vier Mitgliedern geortet werden. Der Suchdienst arbeitet netzübergreifend in den Netzen von Vodafone und O₂, die Erweiterung auf die übrigen Netzbetreiber ist geplant.

Ebenso geplant ist die Erweiterung des Dienstes um einen „Date Maker“, der aus einem Kreis von Personen, die sich mit dieser Art von Ortung einverstanden erklärt haben, diejenigen aussucht, die den vom Suchenden vorgegebenen Kriterien entsprechen und einen Kontakt zwischen den Parteien herstellt.

¹⁰⁵ Bager/Gleich, Such, Handy!, in: c't 22/2001, S. 172(176).

¹⁰⁶ Dienste, die den Bereich soziales Umfeld und Kontakte betreffen.

¹⁰⁷ Die Mobiloco GmbH ist ein eigenständiges Unternehmen, das ortsbezogene Dienste netzübergreifend anbietet. Es realisiert den Dienst „Buddy Alert“ für Vodafone und O₂, die Anmeldung für den Dienst erfolgt unter www.mobiloco.de.

Schließt der Nutzer ein Abonnement ab, das monatlich fünf Einzelabfragen und fünf Gruppenabfragen umfasst, fällt eine Gebühr in Höhe von 2,99 €/ Monat an. Eine Einzelabfrage ohne Abonnement kostet 0,50 €, eine Gruppenabfrage 1 €.

1.6.8. Zusammenfassung

Die Angebote von standortbezogenen Diensten sind derzeit noch im Aufbau. Daher sind die Wege durch das WAP bei einzelnen Anbietern noch relativ lang. Außerdem sind die Suchergebnisse teilweise unzuverlässig, was zum Teil auf eine lückenhafte Datenbasis zurückzuführen ist¹⁰⁸, zum anderen darauf, dass die Ortung des Mobilfunknutzers nach dem derzeit genutzten Verfahren streckenweise nur ungenau erfolgt. Location Based Services per SMS oder anderen Technologien wie i-mode werden nur vereinzelt angeboten.

1.7. Gang der Untersuchung

Das Ziel dieser Arbeit besteht darin, die angebotenen standortbezogenen Dienste in rechtlicher Hinsicht zu untersuchen. Da es sich dabei bislang ausschließlich um Pull-Dienste handelt, die der Nutzer je nach seinem momentanen Bedarf abrufen und der Anbieter je nach seinem Datenbestand beantwortet, liegt folglich allen diesen Diensten konkludent eine übereinstimmende Willenserklärung der beiden Parteien zugrunde. Aus diesem Grund beschränkt sich die vorliegende Arbeit auf die Untersuchung der vertragsrechtlichen Probleme standortbezogener Mobilfunkdienste. Von den Inhalten her liefern die derzeit angebotenen Dienste Informationen zur Selbstpositionierung und über die momentane Umgebung. Angefordert werden können diese ortsbezogenen Informationen bislang über Mobiltelefone, die auf GSM-Standard, GPRS-Standard oder UMTS-Standard basieren. Dazu kann der Nutzer seine Anfrage über SMS, über WAP oder über i-mode machen. Da die Anforderung einer ortsbezogenen Information über i-mode nach dem gleichen Schema abläuft wie die Anforderung über WAP, nämlich indem der Nutzer sich durch Aufrufen immer speziellerer Seiten bis zu dem gewünschten Suchbegriff vorarbeitet, um dann per Tastendruck die Anforderung des Dienstes abzusenden, werden zu dieser Technologie

¹⁰⁸ o.V., Praxistest: Vor-Ort-Dienste per WAP, http://www.xonio.com/features/feature_8750726.html.

die Anforderung des Dienstes abzusenden, werden zu dieser Technologie keine gesonderten Ausführungen gemacht. Vielmehr wird auf das zur Anforderung ortsbezogener Dienste über WAP Gesagte verwiesen, da sich im Bezug auf diese beiden Anforderungsarten die gleichen rechtlichen Probleme ergeben.

Der Nutzer fordert also über das WAP- bzw. i-mode-Portal des Anbieters oder über SMS einen Dienst bei einem bestimmten Anbieter an, den dieser daraufhin erbringt. Grundlage für diese Dienste ist dabei eine Einigung zwischen den Parteien. Im zweiten Kapitel soll daher zunächst geklärt werden, wie ein Vertrag zwischen den beiden Parteien zustande kommt und um welche Art von Vertrag es sich dabei handelt.

Der Anforderungsvorgang ist aber aufgrund der Tatsache, dass die Parteien sich nicht persönlich gegenüberstehen, sondern dass der Nutzer die gewünschte Information aus einer auf einem Server lagernden automatisierten Datei anfordert und folglich keine Rückfragemöglichkeit bezüglich des genauen Procedere hat, fehleranfällig. Es ist daher vorstellbar, dass der einzelne Nutzer nicht selten eine Anfrage tätigt, die er nicht oder nicht so machen wollte. Im dritten Kapitel soll aus diesem Grund die Anfechtbarkeit des Vertrages über standortbezogene Mobilfunkdienste untersucht werden. Neben den möglichen Anfechtungsgründen liegt der Schwerpunkt hier auf der Frage, wem gegenüber die Anfechtungserklärung zu erfolgen hat, da dies ein Punkt ist, an dem sich vor allem auch durch den entpersonalisierten Abwicklungsmodus des Vertrages über standortbezogene Mobilfunkdienste einige Besonderheiten ergeben.

Zentrale Bedeutung hat bei der Erörterung von vertragsrechtlichen Problemen einer besonderen Vertragsart die Frage, welche Leistungsstörungen in derartigen Schuldverhältnissen in Betracht kommen. Daher wird im vierten Kapitel dargestellt, welche Pflichtverletzungen sich unter besonderer Berücksichtigung des Abwicklungsmodus ortsbezogener Dienste beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste ergeben können und welche Rechtsfolgen aus einer Pflichtverletzung resultieren können.

Schließlich werden im fünften Kapitel die Vorschriften zu allgemeinen Geschäftsbedingungen und besonderen Vertriebsformen erörtert. Da im Zuge der Verwirklichung des EU-Gemeinschaftsziels der Verbesserung des Verbraucherschutzes in den letzten Jahren mehrere Gemeinschaftsrichtlinien in diesem Bereich erlassen und vom deutschen Gesetzgeber

in deutsches Recht umgesetzt wurden, müssen auch im Bezug auf den Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienstleistungen zahlreiche Sondervorschriften untersucht werden. Aus diesen Sondervorschriften, namentlich den Vorschriften zum elektronischen Geschäftsverkehr und zum Fernabsatzhandel, ergeben sich eine Reihe von vertraglichen und vorvertraglichen Pflichten für den Anbieter, deren Erörterung systematisch im Rahmen der Leistungsstörungen zu verorten ist. Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die Pflichtenkataloge dieser Sondervorschriften aber in einem eigenen Kapitel dargestellt.

Abschließend werden im sechsten Kapitel die Charakteristika der in der vorliegenden Arbeit untersuchten standortbezogenen Mobilfunkdienste, die Auswirkungen auf die vertragsrechtliche Beurteilung haben, zusammenfassend dargestellt. Im Anschluss daran wird erörtert, warum gerade diese den Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste kennzeichnenden Besonderheiten die ordnungsgemäße und zweckgerechte Erbringung standortbezogener Mobilfunkdienste derzeit behindern. Schließlich werden Möglichkeiten aufgezeigt, die bestehenden Schwierigkeiten bei der Erbringung standortbezogener Mobilfunkdienste zu umgehen und eine den vertragsrechtlichen Anforderungen genügende Erbringung standortbezogener Mobilfunkdienste zu gewährleisten.

2 Vertragsschluss bei standortbezogenen Mobilfunkdiensten

Wie in Punkt 1.7. dargestellt handelt es sich bei derzeit angebotenen Location Based Services ausschließlich um Pull-Dienste, die der Nutzer gezielt abrufen, wenn er sie benötigt. Er geht dabei über das WAP- bzw. i-mode-Portal seines Netzbetreibers oder eines freien Diensteanbieters auf den von ihm benötigten standortbezogenen Dienst und fordert die gewünschte Information per Tastendruck an oder schickt per SMS einen Suchbegriff an den Anbieter. Auf die Anfrage hin erteilt der Diensteanbieter dann die für den Nutzer relevante Auskunft.

Erklärungen durch Betätigung einer bestimmten Taste am Mobilfunkgerät sind heute unstreitig als Erklärungen menschlichen Willens anerkannt¹⁰⁹. Auch die auf Anbieterseite abgegebenen automatisierten Erklärungen von Computern beruhen auf menschlicher Willensbildung in allgemeiner Form durch die Softwareprogrammierung und stellen daher ebenfalls Erklärungen des menschlichen Willens des sie betreibenden Rechtssubjekts dar, die zum Abschluss von Verträgen führen können¹¹⁰. Ein Vertrag über die Erbringung standortbezogener Dienste kann daher per Mobiltelefon geschlossen werden.

Es ist jedoch wichtig zu wissen, wann genau der Zeitpunkt des Vertragschlusses beim Vertrag über standortbezogene Dienste ist, um die dabei auftretenden Probleme rechtlich einordnen zu können. Beispielsweise ist dies von Bedeutung, um zu beurteilen, ob sich der Nutzer zum Zeitpunkt des Vertragschlusses im Irrtum befand. Interessant ist dies aber auch für die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt der Anbieter vorvertragliche Pflichten erfüllt haben muss. Daher wird in diesem Kapitel zunächst erörtert, wie der Vertragschluss beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen im Einzelnen erfolgt und wann der genaue Zeitpunkt des Vertragschlusses ist (Punkt 2.1.).

Des Weiteren spielt aber auch eine Rolle, welche Vertragsart beim Vertrag über standortbezogene Dienste vorliegt, um eventuelle rechtliche Besonderheiten dieser Vertragsart be-

¹⁰⁹ *Heinrichs*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, Einf. v. § 116 Rn. 1.

¹¹⁰ *Arndt/Köhler*, Elektronischer Handel, in: EWS 2001, S. 102(108); *Fritzsche/Malzer*, Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, in: DNotZ 1995, S. 3(7).

rücksichtigen zu können bzw. auszuschließen, dass rechtliche Besonderheiten bestehen. In Punkt 2.2. werden daher die beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen möglichen Vertragsarten untersucht.

2.1 Vertragsschluss

2.1.1 Angebot standortbezogener Mobilfunkdienste als *invitatio ad offerendum*

Es ist fraglich, ob in dem Zur-Verfügung-Stellen standortbezogener Dienste durch den Diensteanbieter im Menü seines WAP- oder i-mode-Portals oder per SMS-Abruf bereits ein Angebot zum Vertragsschluss nach § 145 BGB liegt. Dann müsste der Diensteanbieter dadurch nach dem objektiven Erklärungswert seines Verhaltens den Willen zu einer rechtlichen Bindung zum Ausdruck bringen. Darüber hinaus müssten Vertragsgegenstand und Vertragspartner bestimmt oder zumindest bestimmbar sein¹¹¹. Bestimmt wird der Vertragspartner durch das Zur-Verfügung-Stellen ortsbezogener Dienstleistungen nicht, da der Anbieter die Möglichkeit zur Nutzung der Dienste nicht einem konkreten Vertragspartner, sondern einer Vielzahl von Mobilfunknutzern eröffnet.

Es könnte sich dabei aber um den Fall eines Angebots an einen unbestimmten Personenkreis handeln, das durchaus auch rechtsverbindlich im Sinne von § 145 BGB sein kann¹¹². Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass ein Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen auf elektronischem Wege geschlossen wird, ohne dass der Anbieter persönlich oder ein durch ihn bestellter Vertreter die zum Vertragsschluss erforderliche Willenserklärung abgibt, könnte für die Beurteilung des objektiven Erklärungswerts des Zur-Verfügung-Stellens der ortsbezogenen Dienste daher auf die Grundsätze des Vertragsschlusses beim Warenautomaten zurückzugreifen sein.

Beim Warenautomaten wird in der Aufstellung des Automaten nach ganz überwiegender Ansicht ein Angebot *ad incertas personas* unter der Bedingung, dass der Automat funktio-

¹¹¹ Ernst, Der Mausclick als Rechtsproblem, in: NJW – CoR 1997, S. 165(165); Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 145 Rn. 1.

niert und die gewünschte Ware noch vorrätig ist, gesehen¹¹³. Dieses Angebot nimmt der Kunde durch Geldeinwurf und Entgegennahme der Ware an. Eine auf Abschluss eines konkreten Vertrages gerichtete Willenserklärung oder –betätigung des Kaufmanns ist nicht mehr erforderlich, § 151 S. 1 BGB. Überträgt man diese Argumentation auf den Vertragsschluss bei standortbezogenen Dienstleistungen über Mobiltelefone, wäre das Zur-Verfügung-Stellen der Dienste als Angebot und die Anforderung der konkreten Information durch den Nutzer als Annahme zu qualifizieren.

Zwar sind Warenautomat und standortbezogene Dienste in der Hinsicht vergleichbar, dass in beiden Fällen der Anbieter bereits mit Aufstellung des Automaten bzw. Einrichtung der Datenbank den Entschluss gefasst hat, vorhandene Ware zu verkaufen bzw. eingehende Anfragen zu beantworten, wenn dies technisch möglich ist und die gewünschte Information in der Datei vorhanden ist. Zwischen einem Automatenvertrag und einem Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen besteht jedoch insofern ein Unterschied, als beim Automatenvertrag von vornherein die zu erbringende Leistung des Unternehmers klar definiert ist, weil sie auf den Inhalt des Automaten beschränkt ist. Nach Aufstellen und Befüllen des Automaten erfolgt von Seiten des Aufstellers also keinerlei Willensbetätigung mehr, und sei es nur in Form einer Warenauswahl. Beim Vertrag über ortsbezogene Dienstleistungen hingegen hängt die vom Anbieter geschuldete Leistung von der jeweiligen Anfrage des Nutzers ab. Zwar ist die Leistung des Anbieters auch auf die in der Datei vorhandenen Daten beschränkt, eine Willensbetätigung auf Anbieterseite nach der Anfrage des Nutzers erfolgt aber insoweit, als die Auswahl der konkret angeforderte Information durch die Datenverarbeitungsanlage stattfinden muss. Dafür, dass erst die Auswahl der konkret angeforderte Information und nicht schon das Zur-Verfügung-Stellen des Dienstes die für den Vertragsschluss maßgebliche Willenserklärung auf Anbieterseite ist, spricht, dass die Frage, ob der Anbieter die Leistung im konkreten Fall erbringen wird, von Faktoren abhängt, die vor der jeweiligen Nutzeranfrage nicht abschließend geklärt sind. Unsicher ist dabei, ob der Anbieter die angeforderte Leistung überhaupt erbringen kann, da beispielsweise die Lokalisierung des Nutzers problematisch sein kann oder die angeforderte Information zu dem Aufenthaltsort des Nutzers in den Datenbanken des Anbieters fehlen kann. Es ist aber auch möglich, dass der Anbieter die gewünschte Information zwar erbringen könnte, den konkreten Kunden aber ablehnt, weil er durch ein Aussonderungsraster des

¹¹² Kramer, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 145 Rn. 10; Heinrichs, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 145 Rn. 1.

¹¹³ Fritzsche/Malzer, Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, in: *DNotZ* 1995, S. 3(7); Kramer, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 145 Rn. 10; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 29 Rn. 22.

kreten Kunden aber ablehnt, weil er durch ein Aussonderungsraster des Diensteanbieters fällt, beispielsweise weil dieser bereits schlechte Erfahrungen mit dem Nutzer gemacht hat, da er eine frühere Dienstleistung des Anbieters nicht bezahlen wollte oder konnte. Nach dem objektiven Erklärungswert kann das Zur-Verfügung-Stellen daher nicht als verbindliches Angebot aufgefasst werden. Allein dadurch, dass der Anbieter dem Nutzer die Möglichkeit bietet, über das WAP- bzw. i-mode-Portal oder über SMS ortsbezogene Informationen abzufragen, äußert er noch nicht den Willen, sich endgültig vertraglich zu binden. Mit dem Anbieten standortbezogener Dienstleistungen fordert der Netzbetreiber oder freie Anbieter den Nutzer vielmehr lediglich zur Abgabe von Angeboten auf. In dem Zur-Verfügung-Stellen standortbezogener Dienste liegt folglich eine rechtlich unverbindliche *invitatio ad offerendum*.

2.1.2 Vertragsangebot des Nutzers

Mit der Anfrage nach einer konkreten Information bei einem bestimmten Diensteanbieter bestimmt der Nutzer den Gegenstand des Vertrages und den Vertragspartner und äußert dadurch seinen Willen zur rechtlichen Bindung. Folglich gibt er damit ein Angebot im Sinne von § 145 BGB ab.

Da weder eine Anfrage über WAP bzw. i-mode noch eine Anfrage per SMS ein von Person zu Person gemachter Antrag im Sinne von § 147 I 2 BGB ist, ist Zugang des Angebots gemäß § 147 II BGB der Zeitpunkt, in dem der Nutzer die Ankunft seiner Erklärung beim Anbieter erwarten darf. Bei der Abgabe einer Willenserklärung unter Abwesenden ist der Zeitpunkt entscheidend, in dem die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser von der Willenserklärung Kenntnis nehmen kann und unter normalen Umständen auch mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist¹¹⁴.

Bei einer Anfrage per SMS kann nicht generell für alle Fälle eine Aussage getroffen werden, wann diese in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist. Zwar wird die Nachricht zu dem Zeitpunkt, in dem „Meldung gesendet“ auf dem Display erscheint, vom Mobilgerät des Nutzers abgeschickt, die Ankunft beim Anbieter kann sich aber aufgrund der Netzkapazität des Mobilfunkanbieters oder einer technischen Übertragungsstörung verzögern oder vereinzelt ganz fehlschlagen. Unter normalen Umständen erreicht die SMS den Anbieter

¹¹⁴ Einsele, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 130 Rn. 29.

aber kurz nachdem „Meldung gesendet“ auf dem Display des Nutzers erscheint und gelangt damit in den Machtbereich des Anbieters.

Bei einer Anfrage über WAP wird die Sendung nicht bestätigt. Die Verbindung zum mobilen Internet steht aber zum Anfragezeitpunkt bereits. Denn bei einem i-mode-fähigen Mobiltelefon wird sie bereits einige Schritte vorher, nämlich dann, wenn der Nutzer die Taste „i“ drückt, aufgebaut. Ebenso erfolgt der Verbindungsaufbau bei einem Mobiltelefon auf GSM-Standard bereits mit der Auswahl des Menüpunkts „Internet“. Bei einem Mobiltelefon auf GPRS-Standard besteht die Verbindung zum mobilen Internet ohnehin immer dann, wenn das Mobiltelefon eingeschaltet ist. Der Weg, auf dem die Daten übertragen werden, ist also bereits sichergestellt und der Nutzer darf, da bei einer Anfrage nach ortsbezogenen Diensten eine vergleichsweise niedrige Menge von Daten zu übertragen ist, davon ausgehen, dass die Anfrage mit dem entsprechenden Tastendruck übertragen wurde und damit in den Machtbereich des Anbieters gelangt ist.

Mit der Kenntnisnahme von der Anfrage ist unmittelbar nach der Übertragung zu rechnen, da die Anbieterdatei unter normalen Umständen jede Anfrage sofort registriert. Der Nutzer darf demnach die Ankunft seiner Erklärung beim Anbieter gemäß § 147 II BGB kurze Zeit nach Absendung seiner Anfrage erwarten.

2.1.3 Annahmeerklärung des Anbieters

Der Angebotsempfänger entscheidet nach Zugang des Angebots nach freiem Ermessen darüber, ob er den Antrag annimmt. Die Annahme des Vertragsangebots ist ebenso wie der Antrag normalerweise eine empfangsbedürftige Willenserklärung und erfolgt daher mit Zugang der Annahmeerklärung beim Antragenden¹¹⁵.

Da im Fall ortsbezogener Dienstleistungen über Mobiltelefone der Nutzer aber nicht mit einer Person, also dem Anbieter selbst oder einem von diesem ermächtigten Vertreter, sondern mit einer elektronischen Datenbank kommuniziert, kann nach Eingang des Nutzerangebots keine Willensbetätigung im Sinne einer freien Ermessensausübung oder Entscheidungsfindung des Anbieters mehr stattfinden, sondern nur noch im Sinne einer Datenauswahl durch die Datenbank. Der Anbieter hat, wie bereits dargestellt, durch das Zurverfügung-Stellen dieser Dienstleistungen über Mobiltelefon generell seine Absicht geäu-

¹¹⁵ Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 148 Rn. 1.

bert, Verträge über die Erbringung standortbezogener Dienstleistungen abschließen zu wollen, wenn dies technisch möglich ist, er die konkrete Information in seiner Datei hat und der Nutzer nicht durch ein vom Anbieter unterhaltenes Aussonderungsraaster fällt. Da der Anbieter also in der Regel Annahmewillen hat, und nur in Ausnahmefällen kein Vertrag zustande kommt, könnte es sich bei einer Annahmeerklärung für einen Vertrag über ortsbezogene Dienstleistungen ausnahmsweise um eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung gemäß § 151 BGB handeln. Denn die Situation beim Vertrag über ortsbezogene Dienstleistungen ist vergleichbar mit dem Vertragsschluss im Versandhandel, da der Kunde im Versandhandel sein Vertragsangebot über den Kauf einer Ware ebenfalls ohne vorher mit dem Anbieter persönlichen Kontakt gehabt zu haben, auf telefonischem, elektronischem oder postalischen Wege an den Anbieter übermittelt, und dieser ein Interesse daran hat, möglichst viele Vertragsangebote anzunehmen, soweit es ihm möglich ist. Nach bisheriger Rechtslage galt für den Versandhandel, dass der Anbieter die Annahme erklärt, indem er mit der Vertragsausführung beginnt. Der Zugang der Annahmeerklärung wurde bislang nach § 151 BGB als entbehrlich angesehen. Aufgrund der Vergleichbarkeit der Interessenslage der beteiligten Parteien könnte dies auch für die Erbringung ortsbezogener Dienste über Mobiltelefone gelten.

2.1.3.1 Anwendbarkeit des § 151 BGB

Fraglich ist, ob an dieser Beurteilung die Einführung des § 312 e I Nr. 3 BGB seit dem 01.01.2002 im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes etwas geändert hat. Danach hat der Unternehmer, der sich zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrages über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen eines Tele- oder Mediendienstes bedient, die Pflicht, dem Kunden den Zugang von dessen Bestellung unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen. Ein Anbieter standortbezogener Dienste ist Unternehmer gemäß § 14 BGB. Zweck seiner unternehmerischen Tätigkeit ist der Abschluss von Verträgen über die Erbringung von ortsbezogenen Dienstleistungen. Die Anwendung des § 151 BGB wäre daher für das Anbieten standortbezogener Dienste über Mobiltelefone ausgeschlossen, wenn es sich dabei um einen Tele- oder Mediendienst handelt und die vom Unternehmer zu erbringende Zugangsbestätigung zugleich als Annahme des Vertragsangebots des Nutzers zu werten ist. § 312 e I Nr. 3 BGB kann jedoch gemäß

§ 312 II S. 2 BGB durch Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien ausgeschlossen werden, wenn diese beiden nicht Verbraucher im Sinne von § 13 BGB sind. Für diese Fälle bleibt § 151 BGB grundsätzlich anwendbar.

2.1.3.1.1 Standortbezogene Mobilfunkdienste als Teledienste iSv § 312 e I BGB

Wird § 312 e I Nr. 3 BGB hingegen nicht von den Vertragsparteien ausgeschlossen bzw. kann er nicht ausgeschlossen werden, weil eine der Parteien Verbraucher im Sinne von § 13 BGB ist, ist zunächst fraglich, ob das Anbieten standortbezogener Dienste über Mobiltelefone ein Tele- oder Mediendienst im Sinne des § 312 e I BGB ist. Die Begriffe Tele- und Mediendienste werden in § 2 des Teledienstgesetzes (TDG) und des Mediendienstestaatsvertrages (MDStV) definiert. Nach § 2 I TDG sind Teledienste alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten wie Zeichen, Bilder und Töne bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt. Standortbezogene Mobilfunkdienste werden mittels Telekommunikation übermittelt, da Telekommunikation nach § 3 Nr. 16 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) den technischen Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art mittels Telekommunikationsanlagen bezeichnet. Mobiltelefone sind Telekommunikationsanlagen gemäß § 3 Nr. 17 TKG, da sie als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische Signale senden, übertragen und empfangen können.

Nach § 2 II Nr. 2 TDG sind Teledienste unter anderem Angebote zur Information oder Kommunikation, soweit nicht die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung für die Allgemeinheit im Vordergrund steht. Dies sind nach § 2 II Nr. 2 TDG insbesondere Datendienste, beispielsweise Verkehrs-, Wetter-, Umwelt- und Börsendaten oder die Verbreitung von Informationen über Waren und Dienstleistungsangebote. Bei standortbezogenen Diensten handelt es sich um auf das Individuum abgestimmte Datendienste, bei denen das Informationsbedürfnis des Einzelnen und nicht die Meinungsbildung der Allgemeinheit im Vordergrund steht. Die Übermittlung standortbezogener Dienste per Mobiltelefon ist damit ein elektronischer Informationsdienst im Sinne von § 2 I TDG, bei dem dem einzelnen Nutzer je nach Anfrage unterschiedliche Daten mittels Telekommunikation übertragen werden.

Fraglich ist aber, ob der Begriff Tele- oder Mediendienste im Sinne von § 312 e I BGB mittels einer Definition aus § 2 TDG definiert werden kann. Da es sich bei § 312 e BGB um die Umsetzung der Artikel 10 und 11 der Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt handelt, sind Vorschriften des nationalen Rechts nur begrenzt zur Auslegung dieses Begriffs geeignet. Zwar enthält auch das Teledienstegesetz in einzelnen Teilen die Umsetzung europarechtlicher Vorschriften, 2 I TDG gehört jedoch nicht zu den Normen, die in Umsetzung europäischen Rechts eingefügt wurden. Der Begriff der Teledienste im Sinne von § 2 I TDG ist daher ein ausschließlich vom nationalen Gesetzgeber geprägter Rechtsbegriff und kann demzufolge nicht aus sich heraus den Begriff der Teledienste in § 312 e I BGB definieren.

Vielmehr ist der Begriff der Teledienste in § 312 e I BGB im Sinne der Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 über den elektronischen Geschäftsverkehr auszulegen. Die Richtlinie ist nach ihrem Wortlaut in einem engeren Sinne als § 2 TDG zu verstehen, da sie nur auf solche Dienstleistungen im Fernabsatz mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung und Speicherung von Daten anwendbar ist, die in der Regel gegen Entgelt auf individuellen Abruf eines Empfängers erbracht werden. Dies ergibt sich aus Erwägungsgrund 17 der Richtlinie 2000/31/EG und Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34/EG vom 22.06.1998, geändert durch die Richtlinie 98/48/EG vom 05.08.1998, auf deren Definition des Begriffs „Dienst“ sich die Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr in ihrem Erwägungsgrund 17 bezieht¹¹⁶. Bei Mobiltelefonen handelt es sich um Fernkommunikationsgeräte, die ortsbezogene Dienstleistungen elektronisch übermitteln. Ortsbezogene Dienste über Mobiltelefone werden auch auf individuellen Abruf eines Nutzers und, außer beim freien Anbieter Jamba!, gegen Entgelt erbracht.

Problematisch für die Qualifizierung standortbezogener Dienste als Dienstleistungen im Sinne der Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000 könnte aber sein, dass der Bereich Sprachtelefon-, Telefax- und Telexdienste durch die Bezugnahme von Erwägungsgrund 17 der Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000 auf die Definition der Dienste der Informationsgesellschaft der Richtlinie 98/34/EG und deren Anhang V aus dem Anwendungsbereich der

¹¹⁶ Richtlinie 2000/31/EG vom 08.06.2000, NJW-Beilage 36/2000, S. 3(4); Richtlinie 98/34/EG vom 22.06.1998, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 204 vom 21.07.1998, S. 37ff; Richtlinie 98/48/EG vom 20.07.1998, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 217 vom 05.08.1998, S. 18(21).

Richtlinie 2000/31/EG ausgenommen ist. Bei den momentan angebotenen standortbezogenen Diensten handelt es sich aber nicht um Sprachtelefondienste, sondern um den Abruf von ortsbezogenen Informationen über das mobile Internet oder per elektronischer Kurznachricht. Standortbezogene Dienstleistungen in der derzeit angebotenen Form fallen daher unter den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000.

Demgegenüber sind ortsbezogene Dienste, bei denen der Nutzer die standortbezogene Information per Sprachabruf steuert, gemäß Richtlinie 98/34/EG vom 22.6.1998 Anhang V Nr. 2 Spiegelstrich 3 c), auf die die Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000 in Erwägungsgrund 17 Bezug nimmt, keine Dienste der Informationsgesellschaft, weil diese ohne die elektronische Verarbeitung und Speicherung von Daten erbracht werden. Wie in Punkt 1.2. dargestellt, werden sprachgesteuerte Location Based Services in Österreich bereits vom Diensteanbieter Sonorys angeboten. Sollten Dienste dieser Art auch in Deutschland eingeführt werden, wären es keine Teledienste im Sinne von § 312 I e BGB. Für diese Art von ortsbezogenen Diensten wäre die Anwendung von § 151 BGB daher nicht durch § 312 I e BGB ausgeschlossen, weil dieser nicht anwendbar ist.

Bei den derzeit angebotenen ortsbezogenen Diensten über Mobiltelefone, die nicht über Sprachabruf laufen, handelt es sich aber um Dienstleistungen im Sinne der Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000 und somit um Teledienste im Sinne von § 312 I e BGB.

2.1.3.1.2 Zugangserklärung gemäß § 312 I e Nr. 3 BGB

Für die Frage der Anwendbarkeit des § 151 BGB auf derzeit in Deutschland angebotene standortbezogene Dienste ist weiterhin zu klären, ob die vom Nutzer nach § 312 I e Nr. 3 BGB zu erbringende Zugangsbestätigung zugleich als Annahmeerklärung des Nutzerangebots zu werten ist. In Entsprechung von Art. 11 I Spiegelstrich 1 der Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000 müssen Anbieter von Dienstleistungen eines Teledienstes gemäß § 312 I Nr. 3 BGB dem Nutzer unverzüglich die Bestellung auf elektronischem Wege bestätigen. Einfachster Weg hierfür wäre, die Bestellung mittels eines Autoresponders oder einer ähnlichen technischen Funktion zu bestätigen. Ein solcher Vorgang wird regelmäßig nur von kurzer Dauer sein, so dass der Nutzer gleich nach seiner Bestellung den Erhalt einer entsprechenden Bestätigung überprüfen kann. Einige Vertreter in der Literatur

stufen die Zugangsbestätigung nach § 312 e I Nr. 3 BGB nun als Annahmeerklärung ein, so dass eine Anwendbarkeit des § 151 BGB ausscheidet¹¹⁷. Folgt man dieser Ansicht, so kommt kein Vertrag zustande, wenn der Anbieter die Bestätigung unterlässt, weil es dann am Zugang der Vertragsannahmeerklärung fehlt. Demgegenüber wird aber auch die Ansicht vertreten, dass die Zugangsbestätigung nach § 312 e I Nr. 3 BGB keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Vertrages hat, sondern lediglich eine geschäftsähnliche Handlung darstellt, die dem Kunden Klarheit darüber verschaffen soll, ob seine elektronische Erklärung angekommen ist¹¹⁸. Dieser Ansicht ist zu folgen. Denn die Vertragsannahme durch den Anbieter des Dienstes muss im Gegensatz zu der Empfangsbestätigung des § 312 I Nr. 3 BGB nicht etwa unverzüglich erfolgen. Vielmehr bleibt der Antrag des Nutzers gemäß § 147 II BGB bis zu dem Zeitpunkt bindend, in welchem der Nutzer die Annahme unter regelmäßigen Umständen erwarten darf, und zwar auch dann, wenn der Zugang der Bestellung nicht vorher unverzüglich bestätigt worden ist. Dafür spricht die Tatsache, dass der Anbieter, der den Zugang der Bestellung unverzüglich bestätigt, regelmäßig lediglich seiner Informationspflicht Genüge tun will, aber nicht eine ihn bindende Willenserklärung im Sinne einer Vertragsannahme abgeben will. Denn unmittelbar nach Eingang des Nutzerangebots ist es für den Anbieter einer Ware oder Dienstleistung im elektronischen Geschäftsverkehr oft noch gar nicht absehbar, ob er die gewünschte Ware oder Dienstleistung erbringen kann, beispielsweise weil er die Ware nicht vorrätig hat oder die gewünschte Information nicht in seiner Datenbank ist. Schließlich zeigt sich die Unabhängigkeit der Empfangsbestätigung von der Vertragsannahmeerklärung auch darin, dass das Waren- oder Dienstleistungsangebot des Anbieters in manchen Bereichen des elektronischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise einen bindenden Antrag enthalten kann, so dass der Vertrag aufgrund der Annahme des Nutzers zustande kommt. In diesen Fällen ist der Anbieter aber keineswegs von der Informationspflicht nach § 312 e I BGB befreit, sondern muss trotzdem dem Nutzer Klarheit über die Ankunft von dessen elektronischer Erklärung verschaffen. Die Zugangsbestätigung nach § 312 e I Nr. 3 BGB ist daher nicht zugleich die Vertragsannahmeerklärung des Anbieters. Für eine Anwendung des § 151 BGB ist daher grundsätzlich noch Raum.

¹¹⁷ So ohne nähere Begründung *Schwintowski*, Vertragsschluss für Waren und Dienstleistungen im europäischen Verbraucherrecht, in: EWS 2001, S. 201(202); *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: BB-Beilage 10/2001, S. 1(25).

¹¹⁸ *Grigoleit*, Besondere Vertriebsformen im BGB, in: NJW 2002, S. 1151(1158).

2.1.3.2 Entbehrlichkeit des Zugangs der Annahmeerklärung nach § 151 S. 1 BGB

Gemäß § 151 S. 1 BGB ist der Zugang der Annahmeerklärung dann entbehrlich, wenn eine Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Da der Nutzer einen Antrag mittels fest vorgegebener Anfragebegriffe macht, ist es ihm nicht möglich, dem Diensteanbieter gegenüber den Verzicht auf die Vertragsannahme zu erklären. Ein Fall des § 151 S. 1 BGB könnte aber in der Form vorliegen, dass eine Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist.

Eine entsprechende Verkehrssitte besteht, wenn bei einem Geschäft dieser Art unter vergleichbaren Umständen üblicherweise auf eine Annahmeerklärung gerade dem Antragenden gegenüber verzichtet wird¹¹⁹. Dies ist beispielsweise bei kurzfristigen Rechtsgeschäften oder besonders eiligen Rechtsgeschäften regelmäßig der Fall, da hier das Hauptinteresse des Offerenten üblicherweise im sofortigen Vollzug des Vertrages liegt¹²⁰. Auch bei ortsbezogenen Diensten handelt es sich um Dienstleistungen, die ihrer Art nach kurzfristig angefordert werden, wenn das konkrete Informationsbedürfnis bereits besteht, und daher vom Nutzer typischerweise zeitnah benötigt werden.

Ein typischer Fall des Bestehens einer Verkehrssitte ist nach allgemeiner Ansicht auch, dass auf vorangegangene Aufforderung zu einem Angebot, vor allem in Versandkatalogen und Anzeigen, der Auffordernde nach Eingang des Antrags diesen auszuführen beginnt¹²¹. Die Interessenlagen bei einem Katalogangebot oder einer Anzeige und dem Angebot standortbezogener Dienstleistungen über Mobiltelefon entsprechen sich insofern, als die Anbieter in beiden Fällen mittels einer invitatio ad offerendum grundsätzlich jeden, den die invitatio ad offerendum erreicht, ermuntern wollen, ein Angebot abzugeben, da sie soviel Ware, bzw. Dienstleistungen wie möglich absetzen wollen. Nur in Ausnahmefällen wollen sie den Antrag des Kunden ablehnen. Ähnlich wie beim Versandhandel will ein Anbieter ortsbezogener Dienstleistungen also den Antrag eines potentiellen Kunden in aller Regel annehmen, so dass keine Notwendigkeit für eine explizite Vertragsannahme besteht.

Aufgrund der aufgezeigten Parallelen zu typischen Anwendungsbereichen des § 151 BGB ergibt sich daher, dass Verträge über ortsbezogene Dienstleistungen Rechtsgeschäfte sind,

¹¹⁹ Bork, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 151 Rn. 6.

¹²⁰ Kramer, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 151 Rn. 54.

¹²¹ Wolf, in: Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 151 Rn. 16; Kramer, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 151 Rn. 54; RGZ 102, 370(372).

bei denen der Zugang der Annahmeerklärung gemäß § 151 BGB ausnahmsweise nicht erforderlich ist.

2.1.3.3 Objektiver äußerer Erklärungstatbestand im Sinne von § 151 BGB

Auch in den Fällen des § 151 BGB ist aber ein objektiver äußerer Erklärungstatbestand erforderlich, also ein Verhalten, das auf einen endgültigen Annahmewillen des Angebotsempfängers schließen lässt¹²². Der Anbieter der ortsbezogenen Dienstleistung kann seinen Willen, das Angebot anzunehmen, dadurch bestätigen, dass er mit der Erbringung der ihm nach dem Verträge obliegenden Leistungen beginnt¹²³. Dies wäre das Abrufen der gewünschten Information in der elektronischen Datenbank des Anbieters.

Nach Ansicht der Rechtsprechung und fast einhelliger Meinung in der Literatur reicht der bloße Annahmeentschluss des Antragsgegners als Manifestation des Annahmewillens aber nicht aus, weil er nach außen hin kaum feststellbar ist. Zu fordern ist vielmehr, dass der Annahmewille objektiv erkennbar hervortritt¹²⁴. Dazu ist nötig, dass der Annahmeentschluss nicht rein in der Innenwelt des Angebotsempfängers bleibt, sondern sich in einer Handlung äußert, aus der sich die Zustimmung zu dem vorgeschlagenen Vertrag ergibt¹²⁵. Dies ist beim Abrufen der gewünschten Information in der Datenbank des Empfängers nicht der Fall, da das Abrufen der gewünschten ortsbezogenen Information in der Datenbank ein Vorgang ist, der außerhalb der betrieblichen Sphäre des Anbieters kaum wahrnehmbar ist. Es ist daher zweifelhaft, ob es sich dabei um das geforderte objektiv erkennbare Hervortreten des Annahmewillens handelt.

Im Versandhandel, der wie bereits ausgeführt eine vergleichbare Interessenlage wie die Erbringung ortsbezogener Dienste über Mobiltelefon aufweist, ist nach allgemeiner Ansicht die bloße Aussonderung der Ware nicht ausreichend. Vielmehr ist die Absendung der Ware erforderlich für eine eindeutige Betätigung des Annahmewillens¹²⁶. Im Interesse des Schut-

¹²² *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 382.

¹²³ *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 30 Rn. 11. *Bork*, in: *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 151 Rn. 17.

¹²⁴ BGH NJW-RR 1994, S. 280(281); BGH WM 1990, S. 812(813); *Wolf*, in: *Soergel*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 151 Rn. 5; *Heinrichs*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 151 Rn. 2; *Bork*, in: *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 151 Rn. 15.

¹²⁵ *Bork*, in: *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 151 Rn. 15; RGZ 102, S. 370(372).

¹²⁶ RGZ 102, S. 370(372); *Heinrichs*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 151 Rn. 2.

zes des Antragenden ist dies auch für standortbezogene Dienste über Mobiltelefon zu fordern, da das Abrufen der Information zwar eine Maßnahme darstellt, die der Anbieter ortsbezogener Dienste zur Erbringung einer Leistung ergreift. Sie bietet dem Nutzer als Antragenden aber keine ausreichende Sicherheit, dass diese Datenabfrage mit dem Willen des Diensteanbieters geschieht, gerade mit ihm einen Vertrag zu schließen. Sie könnte vielmehr auch erfolgen, um die Vertragsannahme gegenüber einem anderen Nutzer zu manifestieren. Schickt der Diensteanbieter hingegen die Information an einen konkreten Nutzer los, so ist dies ein eindeutiger Ausdruck dafür, dass er bezüglich dessen Antrag einen Vertragsannahmewillen hat. Für eine eindeutige Betätigung des Annahmewillens im Sinne von § 151 BGB ist demnach erforderlich, dass der Diensteanbieter die vom Nutzer angeforderte Information an diesen absendet.

2.1.3.4 Bindung an den Antrag nach § 151 S. 2 BGB

Trotz des generellen Willens des Anbieters ortsbezogener Dienstleistungen zum Vertragschluss ist es aber beim momentanen Stand der Entwicklung ortsbezogener Dienstleistungen über Mobiltelefon durchaus möglich, dass die Anfrage eines Nutzers aufgrund technischer Gegebenheiten oder Lücken in den Datenbanken des Öfteren nicht vom Anbieter beantwortet werden kann. Durch die Anwendung des § 151 BGB könnte der Nutzer daher in unbilliger Weise belastet sein, da er an sein Angebot gebunden ist, auch wenn ihm keine Annahmeerklärung zugegangen ist, und es ihm infolgedessen nicht ohne das Risiko einer zweimaligen vertraglichen Bindung möglich ist, eine weitere Anfrage abzusenden, wenn die erste nicht innerhalb kurzer Zeit beantwortet wird.

Gemäß § 151 S. 2 BGB erlischt der Antrag aber in dem Zeitpunkt, der sich hierfür nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden ergibt. Da der Nutzer bei seiner Anfrage mittels vorgegebener Anfragebegriffe keine Frist bestimmen kann, ist für die Annahmefrist der mutmaßliche Wille des Nutzers zu ermitteln¹²⁷. Aus der Interessenlage des Nutzers bei der Anforderung einer ortsbezogenen Information ergibt sich regelmäßig ein mutmaßlicher Wille des Nutzers dahingehend, dem Anbieter lediglich eine kurze Annahmefrist einzuräumen. Denn wie bereits ausgeführt benötigt der Nutzer die auf seinen Standort bezogene Information typischerweise zeitnah, da

sein Informationsbedürfnis regelmäßig im Zeitpunkt der Anfrage bereits besteht und erlischt bzw. sich ändert, wenn er den Standort wechselt. Er hat daher ein großes Interesse daran, an sein Vertragsangebot nur einen begrenzten Zeitraum gebunden zu sein, so dass er, sollte der Vertrag nicht zustande kommen, die gewünschte Information bei einem anderen Anbieter anfordern kann.

Eine Bindungsfrist besteht jedoch insoweit, als der antragende Nutzer dem Anbieter einen angemessenen Zeitraum für die Übermittlung des Angebots, die Bearbeitung der Anfrage, also das Abrufen der gewünschten Information, und die Absendungshandlung als eindeutige Betätigung des Annahmewillens einräumen muss¹²⁸. Der Suchvorgang in einer derartigen elektronischen Datei nimmt unter normalen Umständen aber nur einige Sekunden in Anspruch. Die Übermittlung des Angebots und das Absenden der gewünschten Information dauern in der Regel jeweils ebenfalls nur wenige Sekunden. Die Bindungsfrist für den Nutzer ist daher selbst bei anbieterfreundlicher Betrachtungsweise nur kurz. Der Nutzer ist folglich durch die Anwendung des § 151 BGB nicht in unbilliger Weise belastet.

2.2 Vertragsart

Vertragsgegenstand ist beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen die Erteilung einer ortsbezogenen Information an den Nutzer.

Bei einigen Anbietern, z.B. Vodafone oder O₂, muss der Nutzer dabei eine Gegenleistung in Form einer Gebühr erbringen. Bei anderen, beispielsweise dem freien Anbieter Jamba!, wird für die Information selbst noch keine Gegenleistung verlangt. Die Gebühren, die der Nutzer für die WAP- oder SMS-Nutzung entrichtet, sind nicht Gegenleistung für den konkreten standortbezogenen Dienst, sondern werden vom Nutzer als Gegenleistung für die Nutzung von WAP oder SMS an den Netzbetreiber gezahlt.

In den Fällen, in denen der Nutzer eine Gebühr für die ortsbezogene Information entrichten muss, handelt es sich um einen Dienstvertrag nach § 611 I BGB, da der Dienst, also die ortsbezogene Information, und die dafür entrichtete Vergütung im Synallagma stehen.

¹²⁷ BGH NJW 1999, S. 2179(2180).

¹²⁸ *Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, § 148 Rn. 7.

Wird für den standortbezogenen Dienst keine Vergütung verlangt, erbringt der Anbieter seine Leistung, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten, also unentgeltlich. Darüber hinaus erbringt er die Information fremdnützig. Fraglich ist, ob er sich damit vertraglich verpflichtet oder ob es sich um ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis handelt.

Beim Gefälligkeitsverhältnis handeln die Parteien im Gegensatz zum Vertrag ohne Rechtsbindungswillen, d.h. sie haben nicht die Vorstellung, eine rechtlich verbindliche Regelung in Geltung zu setzen¹²⁹. Ob die Parteien diese Vorstellung haben, ist durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden. Dabei ist insbesondere auf den Zweck des Geschäfts und die Interessen der beteiligten Parteien, insbesondere das Risiko, das für jede einzelne Partei auf dem Spiel steht, abzustellen. Stehen dem Beauftragten erkennbar wirtschaftliche Interessen, z.B. erhebliche Vermögenswerte des Auftraggebers, auf dem Spiel, lässt dies regelmäßig auf einen Rechtsbindungswillen schließen¹³⁰. Darüber hinaus spielen für das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens bei Internet-Sachverhalten, also auch im mobilen Internet, vertrauensbildende Umstände eine große Rolle¹³¹.

Erbringt ein Anbieter ortsbezogene Dienste über Mobiltelefon, so ist der primäre Zweck des Geschäfts, also die Verschaffung der Information selbst, z.B. darüber, wo sich die nächste Tankstelle oder das nächste Hotel befindet, in der Regel nicht von großem wirtschaftlichen Wert. Denn dabei handelt es sich um eine Information, die der Nutzer eventuell auch über andere Informationsquellen, z.B. durch Nachfragen bei einem Passanten, bekommen könnte. Dies könnte dafür sprechen, dass kein Rechtsbindungswille vorliegt, weil die Parteien keine gewichtigen Interessen an einem Geschäft haben, das für sie kein großes Risiko beinhaltet.

Demgegenüber ist aber zu berücksichtigen, dass es für den Anbieter nicht ersichtlich ist, welche Interessen der Nutzer mit der Anfrage über den reinen Informationswert hinaus verfolgt, d.h. ob nicht durchaus ein größeres Risiko für ihn auf dem Spiel steht, wenn sich nämlich für den Nutzer an die Richtigkeit der Information weitere, für ihn weitreichende Konsequenzen anschließen. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn er eine ortsbezogene Routenplanung anfordert, die ihn zu einem für ihn wirtschaftlich wichtigen Geschäftstermin führen soll. Der Anbieter muss demzufolge davon ausgehen, dass der Nutzer, gerade wenn er eine bestimmte ortsbezogene Information ausdrücklich anfordert und bereit ist, zwar

¹²⁹ Wolf, in: *Soergel*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vor § 145 Rn. 84.

¹³⁰ OLG Hamm, in: NJW-RR 1997, S. 1007(1008).

nicht für die Information selbst, aber doch für die Übertragung der Anfrage per WAP oder SMS Geld zu zahlen, ein erhebliches Interesse an der Richtigkeit und Verlässlichkeit dieser Information hat. Umgekehrt muss der verständige Nutzer von seinem objektiven Empfängerhorizont aus davon ausgehen, dass der Anbieter, der die standortbezogenen Dienste dem Nutzer ausdrücklich zur Verfügung stellt, ohne dass beispielsweise gesellschaftliche oder konventionelle Zwänge dafür bestünden, ihm auch eine richtige und verbindliche Information erteilen will.

Dadurch dass der Anbieter kostenloser ortsbezogener Informationen dem Nutzer diese in der gleichen Weise wie ein Anbieter entgeltlicher Informationen anbietet, nämlich für verschiedene Standorte und eingeteilt in verschiedene Dienstleistungsrubriken, erweckt er überdies den Eindruck einer professionellen Dienstleistung und schafft damit einen Vertrauensstatbestand dahingehend, dass es sich um eine richtige Information aus einer zuverlässig unterhaltenen Datei handelt.

Aus der Gesamtbetrachtung der Umstände ergibt sich folglich, dass, auch wenn standortbezogene Dienste ohne Vergütung erbracht werden, die Parteien eine rechtlich verbindliche Regelung treffen, d.h. sich vertraglich verpflichten. Da der Anbieter sich also vertraglich verpflichtet, dem Nutzer unentgeltlich eine Information zu verschaffen, liegt ein Auftragsverhältnis im Sinne von § 662 BGB vor.

2.3 Zusammenfassung

In dem Zur-Verfügung-Stellen standortbezogener Dienste durch den Anbieter liegt lediglich eine rechtlich unverbindliche *invitatio ad offerendum*.

Mit der Anfrage nach einer konkreten Information bei einem bestimmten Diensteanbieter bestimmt der Nutzer den Gegenstand des Vertrages und den Vertragspartner und gibt damit ein Angebot im Sinne von § 145 BGB ab. An dieses Angebot ist der Nutzer jedoch gemäß § 151 S. 2 BGB nur kurze Zeit gebunden.

Bei der Annahmeerklärung des Anbieters handelt es sich um eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung gemäß § 151 S. 1 BGB, da eine Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist.

¹³¹ Spindler/Klöhn, Neue Qualifikationsprobleme im E-Commerce, in: CR 2003, S. 81(86).

Die Anwendung von § 151 BGB ist auch nicht ausgeschlossen durch § 312 e I Nr. 3 BGB. Zwar handelt es sich bei ortsbezogenen Informationen über Mobiltelefon um Teledienste im Sinne von § 312 e I BGB. Die vom Anbieter gemäß § 312 e I Nr. 3 BGB zu erbringende Zugangsbestätigung ist jedoch nicht als Annahmeerklärung des Nutzerangebots zu werten.

Eine Verkehrssitte im Sinne von § 151 S. 1 BGB besteht zum einen, da der Vertrag über standortbezogene Dienste zu der Fallgruppe von Rechtsgeschäften gehört, bei denen das Hauptinteresse des Antragenden üblicherweise in der zeitnahen Vertragserfüllung besteht. Zum anderen ergibt sich eine entsprechende Verkehrssitte aus der Vergleichbarkeit der Interessenlagen beim Vertrag über standortbezogene Dienste und dem Vertrag im Versandhandel, welcher nach allgemeiner Ansicht ein typischer Fall für das Bestehen einer Verkehrssitte im Sinne von § 151 S. 1 BGB ist.

Auch in den Fällen des § 151 BGB ist aber ein objektiver äußerer Erklärungstatbestand erforderlich. Dies ist beim Vertrag über standortbezogene Dienste die Absendung der vom Nutzer angeforderten Information durch den Diensteanbieter.

Verlangt der Anbieter für die Erbringung der ortsbezogenen Information eine Gebühr, so liegt zwischen den Parteien ein Dienstvertrag nach § 611 I BGB vor, da der Dienst, also die ortsbezogene Information, und die dafür entrichtete Vergütung im Synallagma stehen.

Muss der Anbieter hingegen keine Gebühr für den standortbezogenen Dienst erbringen, liegt zwischen den Parteien ein Auftragsverhältnis gemäß § 662 BGB vor, da sich aus einer Gesamtbetrachtung der Umstände beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste gemäß §§ 133, 157 BGB ergibt, dass von den Parteien eine rechtlich verbindliche Regelung gewollt ist.

3 Anfechtbarkeit des Vertrages über standortbezogene Mobilfunkdienste

Da die Parteien bezüglich des ortsbezogenen Dienstes nach dessen Absendung durch den Diensteanbieter vertraglich gebunden und daher verpflichtet sind, ihre jeweilige Leistung zu erbringen, stellt sich die Frage, wie sie sich im Falle eines Irrtums durch Anfechtung vom Vertrag lösen können und welche Folgen sich für die Parteien daraus ergeben.

Gegenstand der Untersuchung in der vorliegenden Arbeit ist dabei ausschließlich, wie und mit welchen Konsequenzen sich der Nutzer durch Anfechtung vom Vertrag lösen kann, da nur dies von praktischer Relevanz ist. Denn ein Anbieter wird einen einmal geschlossenen, wirksamen Vertrag in der Regel nicht anfechten wollen, da es ja gerade sein Ziel ist, standortbezogene Dienste an möglichst viele Nutzer zu erbringen. Zudem kommt der Vertrag erst mit der Absendung der ortsbezogenen Information durch den Anbieter zustande, d.h. der Anbieter hat seine Leistung in der Regel zeitgleich mit dem Vertragsschluss ordnungsgemäß erbracht, so dass es für ihn vorzugswürdig ist, die Gegenleistung vom Nutzer zu erhalten, als den Vertrag anzufechten und Wertersatz für die bereits erbrachte Information zu fordern, zumal dann das Risiko für ihn besteht, dass der Nutzer die Möglichkeit zur Exculpation nach § 818 III BGB hat und der Anbieter infolgedessen leer ausgeht.

Da der Nutzer den gewünschten Dienst mittels eines entpersonalisierten Verfahrens aus einer automatisierten Datei abfragt, hat er keine Möglichkeit zur Beseitigung von Unklarheiten, die von seiner Seite aus im Hinblick auf das Abrufverfahren oder auf den Inhalt einzelner Dienste bestehen. Daher soll zunächst untersucht werden, welchen Arten von Irrtümern der Nutzer bei der Anforderung standortbezogener Dienste unterliegen kann (Punkt 3.1).

Den Voraussetzungen, die für eine wirksame Anfechtung erfüllt sein müssen, folgend, wird sodann kurz auf die Frist eingegangen, innerhalb derer der Nutzer die Anfechtung erklären muss (Punkt 3.2).

Die Tatsache, dass der Nutzer keine Möglichkeit hat, im Rahmen des Vertrages über standortbezogene Dienste den Anbieter oder einen seiner Vertreter persönlich zu kontaktieren, führt dazu, dass des Weiteren erörtert werden muss, in welcher Form und wem gegenüber

die Anfechtungserklärung vorgenommen werden kann (Punkt 3.3). Zudem gelten diese Ausführungen zur Empfangszuständigkeit auf Anbieterseite generell für alle einseitigen Willenserklärungen, die ein Nutzer gegenüber dem Anbieter abgibt. Sie sind daher beispielsweise auch bezüglich der Rücktrittserklärung oder der Schadensersatzforderung des Nutzers einschlägig, so dass ihre Erörterung auch für weitere Punkte der vorliegenden Arbeit von Interesse ist.

Aus der Tatsache, dass es sich bei standortbezogenen Mobilfunkdiensten um Informationen handelt, deren Herausgabe an den Anbieter dem Nutzer im Falle einer wirksamen Anfechtung wegen ihrer Beschaffenheit nicht möglich ist, ergeben sich schließlich einige Besonderheiten im Hinblick auf die Rechtsfolgen der Anfechtung (Punkt 3.4).

3.1 Anfechtungsgrund

Grundsätzlich sind drei Arten von Irrtümern denkbar, denen ein Nutzer bei der Anfrage nach ortsbezogenen Diensten unterliegen kann.

Ein Irrtum kommt zum einen in Frage, wenn der Nutzer eine Taste drückt und dadurch unbeabsichtigt eine ortsbezogene Anfrage absendet, obwohl er keine absenden wollte.

Fraglich ist, ob in diesem Fall überhaupt eine Willenserklärung vorliegt, deren Beseitigung durch eine Anfechtung nach § 119 I BGB in Betracht käme. Problematisch könnte insoweit sein, dass der Nutzer nicht einmal das Bewusstsein hat, eine verbindliche rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben. Einige Stimmen in der Literatur vertreten nämlich die Ansicht, dass das Erklärungsbewusstsein ein konstitutives Element der Willenserklärung sei, sein Fehlen also ohne Anfechtung Nichtigkeit zur Folge habe¹³².

Dies ist jedoch aus den §§ 116 ff BGB nicht ersichtlich. Insbesondere aus dem Wortlaut des § 119 I BGB geht dies gerade nicht hervor, da „eine Erklärung dieses Inhalts“ nicht nur derjenige nicht abgeben wollte, der sich einen anderen rechtsgeschäftlichen Inhalt vorgestellt hat, sondern auch derjenige, der keine rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben wollte. Auch aus § 118 BGB kann nicht geschlossen werden, dass fehlendes Erklärungsbewusstsein ohne Anfechtung immer zur Nichtigkeit führt. Will der Erklärende, wie in § 118 BGB

¹³² Eisenhardt, Zum subjektiven Tatbestand der Willenserklärung, in: JZ 1986, S. 875(880); Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 427f.

vorausgesetzt, bewusst keine Bindung, in der Erwartung, dass dies auch erkannt werde, so entspricht die Nichtigkeit seinem Willen. Ihm braucht daher die Wahl, das Erklärte gegen und für sich gelten zu lassen oder nach § 119 I BGB anzufechten, nicht eröffnet zu werden¹³³. Eine Erklärung ohne das Bewusstsein, dass sie als rechtserheblich verstanden wird, ist damit nicht zu vergleichen. Diese steht einer irrtümlichen, als rechtserheblich gewollten Erklärung viel näher. Erklärt ein Nutzer, einen bestimmten ortsbezogenen Dienst in Anspruch nehmen zu wollen, will aber in Wirklichkeit einen anderen ortsbezogenen Dienst nutzen, so befindet er sich in einer ganz ähnliche Lage wie derjenige, der eine Taste auf seinem Mobilgerät drückt und dadurch versehentlich einen ortsbezogenen Dienst anfordert, ohne sich dessen bewusst zu sein.

In beiden Fällen erscheint es angemessen, dem Erklärenden die Wahl zu lassen, ob er nach § 119 I BGB anfechten will und dann das Vertrauensinteresse nach § 122 BGB ersetzen muss oder ob er bei seiner Erklärung stehen bleiben will und dann eine etwaige Gegenleistung erhält, die ihn günstiger stellen könnte als seine einseitige Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens¹³⁴.

Eine Willenserklärung liegt bei fehlendem Erklärungsbewusstsein allerdings nur dann vor, wenn sie als solche dem Erklärenden zugerechnet werden kann. Das setzt voraus, dass dieser bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen und vermeiden hätte können, dass seine Erklärung und sein Verhalten vom Empfänger nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durften¹³⁵. Ein Anbieter darf, wenn ihm von einem bestimmten Nutzer eine Anfrage über einen ortsbezogenen Dienst zugeht, aus der Sicht eines objektiven, vernünftigen Empfängers annehmen, dass darin ein Angebot zum Vertragsschluss und damit eine Willenserklärung liegt, weil dies der übliche Weg ist, auf dem ein Nutzer ein Angebot zum Vertragsabschluss über einen standortbezogenen Dienst macht. Diesen Umstand kann der Nutzer bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auch ohne weiteres erkennen.

Folglich liegt in den Fällen, in denen ein Nutzer durch Drücken einer Taste auf seinem Mobiltelefon irrtümlich ein Vertragsangebot an einen Diensteanbieter absendet, ein Erklär-

¹³³ *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 130.

¹³⁴ BGHZ 91, S. 324(329).

¹³⁵ BGHZ 109, S. 171(177); *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 82.

rungsirrtum nach § 119 I 2. Alt BGB vor, da der Nutzer eine Erklärung diesen Inhalts nicht abgeben wollte.

In Betracht gezogen werden muss aber auch die weitere Irrtumsmöglichkeit, dass der Nutzer zwar eine ortsbezogene Anfrage machen will, aber irrtümlich eine falsche absendet, z.B. eine Suche nach dem nächsten Hotel, obwohl er das nächste Restaurant benötigt. Hierin liegt ein Inhaltsirrtum nach § 119 I 1. Alt. BGB, weil der Nutzer zwar eine Erklärungshandlung vornehmen will, aber nicht mit dem konkreten Inhalt. Der Nutzer kann damit nach § 119 I 1. Alt BGB anfechten.

Schließlich ist als dritte Art eines Irrtums auch möglich, dass Übertragungsfehler auftreten und die Erklärung des Nutzers dem Anbieter irrtümlich falsch, beispielsweise als Anfrage nach einer anderen als der gewollten ortsbezogenen Information, übermittelt wird oder irrtümlich einem falschen Empfänger zugeleitet wird. In diesem Fall kommt eine Anfechtung nach § 120 BGB in Betracht, da der Nutzer die Erklärung nicht mit dem übermittelten Inhalt abgeben wollte.

3.2 Anfechtungsfrist

Die Anfechtung muss nach § 121 I BGB unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat, erfolgen.

Kenntnis vom Anfechtungsgrund erlangt der Nutzer frühestens unmittelbar nach Absendung der Anfrage, also dann, wenn ihm quasi mit dem Tastendruck bewusst wird, dass er gerade eine Anfrage abgesandt hat, die er nicht absenden wollte. Der Nutzer kann seinen Irrtum aber auch erst später bemerken, beispielsweise dann, wenn er die ortsbezogene Information zugesandt bekommt und ihm zuvor nicht bewusst war, dass er eine Anfrage diesen Inhalts gemacht hat.

Erkennt der Nutzer seinen Irrtum, muss er unverzüglich die Anfechtung erklären, § 121 I BGB. Unverzüglich im Sinne von § 121 I BGB ist aber nicht gleichbedeutend mit

sofort. Dem Anfechtungsberechtigten steht vielmehr eine angemessene Überlegungsfrist zu¹³⁶. Unverzüglich bedeutet ein nach den Umständen des Falles zu bemessendes beschleunigtes Handeln, durch das dem Interesse des Anfechtungsgegners an Klarstellung des durch die Anfechtung in Frage gestellten Rechtsverhältnisses Rechnung getragen wird¹³⁷. Der Gegner darf also nicht länger als unvermeidlich in Ungewissheit gelassen werden¹³⁸. Der Begriff der Unverzüglichkeit im Sinne von § 121 I BGB lässt dem Nutzer aber genügend Zeit, die Daten des Anfechtungsgegners herauszufinden, die er benötigt, um die Anfechtung erklären zu können. Dies sind beispielsweise Telefonnummer oder Anschrift des Anbieters, von dem er unter Umständen nur den Zugang zu dessen automatisierter Ortsinformations-Datei kennt. Er hat also Zeit, sich z.B. durch Anrufen der Auskunft, Nachschlagen in einem Telefonbuch oder Herausfinden der Adresse über eine bereits bei einer früheren Anfrage erhaltene Gebührenabrechnung die nötige Information zu beschaffen.

Erfolgt die Anfechtungserklärung nicht mündlich oder fernmündlich, sondern schriftlich oder per elektronischer Willenserklärung, ist für das Kriterium der Unverzüglichkeit auf den Zeitpunkt der Absendung der Anfechtungserklärung abzustellen, § 121 I S. 2 BGB.

Nach § 121 II BGB ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung zehn Jahre vergangen sind.

3.3 Anfechtungserklärung

Der Nutzer muss die Anfechtung gemäß §§ 143 I, II BGB gegenüber seinem Vertragspartner erklären. Dies ist der Netzbetreiber oder ein freier Diensteanbieter, je nachdem, bei wem der Nutzer den ortsbezogenen Dienst anfordert.

Da sämtliche Netzbetreiber und auch der Diensteanbieter Jamba! juristische Personen des Privatrechts sind, ist die Anfechtungserklärung vom Nutzer an den Vertreter der jeweiligen Gesellschaft zu richten, der die Gesellschaft nach außen vertritt.

¹³⁶ RGZ 124, S. 115(118); *Heinrichs*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 121 Rn. 3.

¹³⁷ RGZ 124, S. 115(118).

¹³⁸ *Hefermehl*, in: *Soergel*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 121 Rn. 7.

Aus §§ 13 I, 35 I GmbHG ergibt sich für die T-Mobile GmbH und die Vodafone GmbH, dass die Anfechtungserklärung an deren Geschäftsführer zu richten ist.

Bei der E-Plus GmbH & Co KG und der O₂ GmbH & Co OHG ist die Erklärung gegenüber einem der persönlich haftenden Gesellschafter abzugeben, §§ 170 I, 125 I, II 3 HGB.

Der freie Diensteanbieter Jamba! AG wird gemäß § 78 I AktG durch den Vorstand vertreten. Die Anfechtungserklärung ist daher nach § 78 II 2 AktG an ein Vorstandsmitglied zu richten.

Die gesetzlichen Vertreter der Diensteanbieter setzen aber im Rahmen der internen Unternehmensorganisation Angestellte des Unternehmens zur Abwicklung des Kundenverkehrs ein. Der Kundenverkehr umfasst dabei auch die Durchführung von Rechtsgeschäften mit den Nutzern. So kann der Mobilfunknutzer auf diesem Weg beispielsweise Verträge über die Nutzung des Mobilfunknetzes des Anbieters oder über zusätzliche Dienste abschließen, Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzung geltend machen oder bereits geschlossene Verträge anfechten. Die dafür zuständigen Mitarbeiter des Diensteanbieters sind somit zumindest konkludent ermächtigt, rechtsgeschäftliche Handlungen von Nutzerseite entgegenzunehmen.

Die einen Vertrag über standortbezogene Dienste betreffende Anfechtungserklärung eines Nutzers ist eine derartige Rechtshandlung und kann folglich nicht nur an die gesetzlichen Vertreter der Diensteanbieter, sondern auch an die mit der Kundenbetreuung beauftragten Angestellten des Unternehmens gerichtet werden.

Der durchschnittliche rechtsunkundige Nutzer wird seine Anfechtungserklärung aber regelmäßig nicht ausdrücklich an den gesetzlichen Vertreter des Diensteanbieters oder dessen Vertreter, sondern allgemein an den Diensteanbieter richten. Er wird dabei eine Anfechtungserklärung per Brief, Telefax oder E-Mail schicken oder sich telefonisch an den Anbieter wenden. Fraglich ist, ob er damit den Anforderungen der §§ 143 I, II BGB genügt.

3.3.1 Anfechtungserklärung mittels Brief, Telefax oder E-Mail

Erklärt der Nutzer in einem Brief oder Telefax verkörpert die Anfechtung, so handelt es sich um eine Willenserklärung gegenüber Abwesenden. Elektronische Willenserklärungen,

die per E-Mail versandt werden, werden üblicherweise in ein Postfach des Adressaten eingelegt und auf dem Computer des Empfängers als Datei gespeichert. Sie sind damit in dauerhaften Zeichen niedergelegt und daher ebenfalls verkörpert¹³⁹. Sendet ein Nutzer die Anfechtungserklärung per E-Mail, handelt es sich daher ebenfalls um eine Willenserklärung unter Abwesenden¹⁴⁰.

Gemäß § 130 I BGB wird eine Willenserklärung gegenüber Abwesenden in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Empfänger zugeht. Eine verkörperte Willenserklärung ist zugegangen, sobald sie in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers oder eines anderen, der ihn nach der Verkehrsanschauung in der Empfangnahme von Briefen vertreten kann, gelangt ist und für den Empfänger unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von dem Schreiben Kenntnis zu nehmen¹⁴¹. Zum Bereich des Empfängers gehören dabei auch die von ihm zur Entgegennahme von Willenserklärungen bereit gehaltenen Einrichtungen¹⁴².

Geht die schriftliche Anfechtungserklärung des Nutzers bei der Poststelle oder einem Fax-Gerät des Unternehmens ein, so könnte sie damit in die tatsächliche Verfügungsgewalt einer Stelle gelangen, die nach der Verkehrsauffassung ermächtigt ist, den Empfänger in der Empfangnahme zu vertreten. Die Mitarbeiter der Poststelle bzw. die Angestellten, zu deren Aufgabenfeld die Betreuung eines Fax-Gerätes gehört, könnten dabei Empfangsboten des Anfechtungsgegners sein. Empfangsbote ist, wer vom Empfänger zur Entgegennahme von Erklärungen bestellt worden ist oder nach der Verkehrsanschauung als bestellt anzusehen ist¹⁴³. Aufgabe der Angestellten, die in der Poststelle arbeiten, ist gewöhnlich, die Post zu sortieren und an den jeweiligen Empfänger weiterzuleiten. Ebenso ist es im Rahmen einer normalen Unternehmensorganisation üblich, dass die zuständigen Mitarbeiter Telefax-Nachrichten entgegennehmen und an die zuständige Stelle weitervermitteln. Diese Angestellten sind daher nach der Verkehrsauffassung als zur Entgegennahme von Erklärungen bestellt anzusehen.

¹³⁹ Ernst, Der Mausklick als Rechtsproblem, in: NJW-CoR 1997, S. 165(166); Ultsch, Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen, in: NJW 1997, S. 3007(3007).

¹⁴⁰ Einsele, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 130 Rn. 2.

¹⁴¹ BAG NJW 1993, S. 1093(1093).

¹⁴² Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 130 Rn. 5.

¹⁴³ Einsele, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 130 Rn. 25.

Geht die verkörperte Anfechtungserklärung eines Nutzers auf dem E-Mail-Account eines Netzbetreibers ein, ist sie in verkehrsüblicher Art in die tatsächliche Verfügungsgewalt der Vertreter des jeweiligen Diensteanbieters gelangt, wenn diese Einrichtung vom Unternehmen für die Entgegennahme geschäftlicher Korrespondenz, also unter anderem auch zur Entgegennahme von den Geschäftsverkehr betreffenden Willenserklärungen, bereitgehalten wird. Für den Empfang von Willenserklärungen im Rechts- und Geschäftsverkehr bestimmt ist diese Empfangsvorrichtung dann, wenn das Unternehmen im Rechts- und Geschäftsverkehr seine E-Mail-Adresse angibt¹⁴⁴.

Es ist nicht bei allen Diensteanbietern üblich, auf dem Geschäftspapier eine unternehmenseigene E-Mail-Adresse anzugeben. So haben beispielsweise Vodafone und E-Plus keine E-Mail-Adresse auf ihrem Geschäftspapier. Allen Diensteanbietern ist aber gemeinsam, dass sie auf ihrer Homepage¹⁴⁵ einen Link¹⁴⁶ mit der Bezeichnung „Kontakt“ haben. Folgt man diesem Link, gelangt man auf eine Internetseite, auf der eine E-Mail-Adresse angegeben ist, die die Kontaktaufnahme mittels E-Mail ermöglichen soll. Dass dieser Weg auch für den Empfang von Willenserklärungen im Rechts- und Geschäftsverkehr bereitgehalten wird, ergibt sich daraus, dass die Kontaktformulare vor allem dazu dienen, Probleme, die der Nutzer bezüglich einzelner Mobilfunkdienstleistungen hat, die er in Anspruch nimmt, zu lösen. Dazu gehören aber auch Rechtshandlungen wie die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Vertragsverletzung oder die Erklärung des Rücktritts vom Vertrag. Daher ist auch das E-Mail-Postfach der einzelnen Diensteanbieter eine Einrichtung, die zur Entgegennahme von den Geschäftsverkehr betreffenden Willenserklärungen bereitgehalten wird.

Die Anfechtungserklärung ist daher mit Eingang in dem E-Mail-Postfach in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt.

Fraglich ist, ob für den Anfechtungsgegner bzw. den von ihm für die Entgegennahme solcher Erklärungen ermächtigten Vertreter damit unter normalen Umständen die Möglichkeit besteht, von der Annfechtungserklärung Kenntnis zu nehmen.

¹⁴⁴ *Ultsch*, Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen, in: NJW 1997, S. 3007(3007).

¹⁴⁵ Homepage bezeichnet die Informationen eines Onlinedienstes im World Wide Web, die ein Nutzer als Erstes sieht, wenn er ein Angebot wählt, und von denen aus er zu weiteren hierarchisch tiefer liegenden Angeboten gelangen kann.

¹⁴⁶ Link bezeichnet die Verknüpfung einer Internetseite mit einer anderen. Klickt man diesen Link an, gelangt man automatisch zu der anderen Internetseite.

Die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht nach ständiger Rechtsprechung bei Briefen am Tag des Zugangs, wenn diese bis zu dem Zeitpunkt eingehen, zu dem der Posteingang üblicherweise zu erwarten ist, sonst am nächsten Geschäfts- bzw. Werktag¹⁴⁷. Diese Grundsätze können auf den geschäftlichen Telefax- und E-Mail-Verkehr übertragen werden, da derjenige, der unter Angabe seiner Telefaxnummer oder seiner elektronischen Anschrift im Verkehr auftritt, suggeriert, regelmäßig sein Telefaxgerät bzw. seinen elektronischen Briefkasten auf eingehende Nachrichten hin zu untersuchen. Das Telefax bzw. die E-Mail geht daher bei Eingang während der Geschäftszeiten am Tag des Eingangs auf dem Telefaxgerät oder im elektronischen Briefkasten zu¹⁴⁸. Ohne Bedeutung ist dabei, ob der Empfänger, wenn es sich um eine Anfechtungserklärung per E-Mail handelt, diese bereits auf seinen Computer heruntergeladen hat, denn auch beim Hausbriefkasten ist es irrelevant, ob der Empfänger den Briefkasten bereits gelehrt hat oder nicht, da es nicht auf die tatsächliche Kenntnisnahme sondern die abstrakte Möglichkeit dazu ankommt. Trifft das Telefax, bzw. die E-Mail außerhalb der Geschäftszeiten ein, so geht sie erst am nächsten Werk- bzw. Geschäftstag zu¹⁴⁹.

Es reicht folglich aus, wenn der Nutzer seine Anfechtungserklärung per Brief, Telefax oder E-Mail allgemein an den Diensteanbieter und nicht direkt an dessen gesetzlichen Vertreter oder eine von diesem ermächtigte Person richtet, da sie dann zu einer mit der Verteilung beauftragten Stelle des Unternehmens und somit in die Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt. Im Rahmen einer gewöhnlichen Unternehmensorganisation hat der gesetzliche Vertreter des Unternehmens oder der dafür zuständige Angestellte damit auch die Möglichkeit, von dem Schreiben Kenntnis zu nehmen.

3.3.2 Anfechtungserklärung mittels Anruf

Erklärt der Nutzer die Anfechtung telefonisch gegenüber dem Diensteanbieter, so wird er dabei regelmäßig nicht mit dem gesetzlichen Vertreter dieses Unternehmens oder dem zur Entgegennahme von Rechtshandlungen ermächtigten Mitarbeiter sprechen, sondern mit

¹⁴⁷ BAG NJW 1984, S. 1651(1652); BGH VersR 1994, S. 586(586).

¹⁴⁸ *Ultsch*, Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen, in: NJW 1997, S. 3007(3008).

¹⁴⁹ *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 26 Rn. 22.

einem Mitarbeiter der Telefonzentrale des Unternehmens oder sonst einem Angestellten, zu dessen Aufgabenfeld die Entgegennahme von Anrufen gehört. Üblicherweise gehen die Anrufe bei einer zur Betreuung von Kundenanrufen eingerichteten Stelle, einer sogenannten Service-Hotline, ein. Grundsätzlich muss ein Unternehmen eine auf diesem Wege gemachte Anfechtungserklärung gegen sich gelten lassen, denn dadurch, dass es sich zur Erledigung des Geschäftsverkehrs einer Telefonanlage bedient, gibt es zu erkennen, dass es mittels dieser Einrichtung mit Dritten auch rechtsgeschäftlich verkehren will¹⁵⁰. Da die entgegennehmende Person die Funktion hat, die Anfechtungserklärung an den gesetzlichen Vertreter des Unternehmens bzw. an die Person, die von diesem zur Bearbeitung solcher Erklärungen ermächtigt wurde, zu übermitteln, ist sie zumindest konkludent als Empfangsbote ermächtigt.

Zugang der Willenserklärung beim Anfechtungsgegner ist aber nicht im Zeitpunkt der Erklärung gegenüber dem Empfangsboten am Telefon, sondern erst in dem Zeitpunkt, in dem nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge die Weiterleitung an den Adressaten zu erwarten ist. Es handelt sich daher um eine Willenserklärung unter Abwesenden gemäß § 130 I BGB¹⁵¹.

Mit der Weiterleitung darf unter gewöhnlichen Umständen je nach dem Zeitpunkt des Telefonats noch am selben Tag oder zumindest am nächsten Tag gerechnet werden, da davon ausgegangen werden kann, dass die Angestellten im Rahmen einer verkehrsüblichen Unternehmensorganisation angehalten sind, Eingänge von Dritten zügig weiterzuleiten.

3.4 Rechtsfolgen der Anfechtung

Wirkung der Anfechtung ist, dass der Vertrag über die ortsbezogene Dienstleistung als von Anfang an nichtig anzusehen ist, § 142 I BGB.

¹⁵⁰ RGZ 102, S. 295(295).

¹⁵¹ *Heinrichs in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, § 130 Rn. 14.

3.4.1 Rückgewähr der empfangenen Leistungen nach §§ 812 ff BGB

Der Schwerpunkt der folgenden Ausführungen liegt auf der Rückgewähr der ortsbezogenen Information durch den Nutzer. Grund dafür ist zum einen, dass sich im Hinblick auf die Geldleistung, zu der der Nutzer unter Umständen vertraglich verpflichtet war, keine Besonderheiten bei der Rückabwicklung nach den §§ 812 ff BGB ergeben. Zum anderen wird es nur in Ausnahmefällen zu einer Rückabwicklung einer vom Nutzer erbrachten Geldleistung kommen, da dieser zumeist die Anfechtung erklären wird, bevor die Gebühr mit der nächsten Mobiltelefonrechnung erhoben wird. Folglich hat er im Zeitpunkt der Anfechtung seine Leistung regelmäßig ohnehin noch nicht erbracht.

3.4.1.1 Herausgabe der ortsbezogenen Information nach § 812 I 1. Alt BGB

Die Rückgewähr der beiderseitig empfangenen Leistungen richtet sich nach §§ 812 I, 1. Alt., 818 ff BGB. Charakteristisch für standortbezogene Informationen ist dabei, dass es sich um Dienstleistungen handelt, bei denen der Eingriff des Nutzers nicht der Substanz eines Gegenstandes, sondern vielmehr der Nutzung einer Information gilt. Erlangtes Etwas und somit nach § 812 BGB herauszugeben ist daher die Nutzung.

Problematisch dabei ist, dass die vom Anbieter übersandte Ortsinformation vom Nutzer zwar theoretisch zurückgesandt werden kann, der Nutzer aber trotzdem in Besitz der Leistung des Anbieters bleibt, weil er die Information ja bereits wahrgenommen hat, und sei es nur für einen Augenblick vor dem Zurücksenden. Dieses Wissen behält er, auch wenn er die Information zurücksenden würde. Es handelt sich dabei um einen gegenständlich nicht fassbaren Vorteil, dem Nutzer ist folglich wegen der Beschaffenheit der erlangten Information die Herausgabe der Anbieterleistung objektiv unmöglich¹⁵².

¹⁵² Thomas, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 818 Rn. 16.

3.4.1.2 Wertersatz nach §§ 812, 818 II BGB

Von Seiten des Nutzers kommt daher nicht die Rückgabe der Leistung sondern nur der Ersatz der Nutzungen nach § 818 II BGB in Betracht. Die Ersatzpflicht bezieht sich nach §§ 812, 818 II BGB auf den objektiven Wert der Nutzung, persönliche Umstände des Nutzers sind dabei ohne Belang¹⁵³. Der objektive Verkehrswert wird mittels der Werteinschätzung ermittelt, welche jedermann der Leistung nach ihrer tatsächlichen Beschaffenheit entgegenbringt¹⁵⁴. Bei Dienstleistungen bemisst sich der Wert nach der üblichen, hilfsweise nach der angemessenen Vergütung¹⁵⁵. Dabei wird der Wert nach der Höhe der Aufwendungen bestimmt, die für eine Ersatzleistung hätten gezahlt werden müssen¹⁵⁶. Obergrenze ist aber die Vergütung, die im Falle der Wirksamkeit des Vertrages vereinbart gewesen wäre¹⁵⁷.

Um festzustellen, wie hoch die Aufwendungen für eine Ersatzleistung gewesen wären, ist demnach zu untersuchen, ob derselbe Dienst auch von anderen Anbietern angeboten wird und wenn ja, welche Vergütung dafür im Mittel gezahlt wird. Gegenwärtig bieten einige Anbieter ihre Dienste kostenlos an, während andere bis zu 0,49 € pro Information verlangen. Als übliche Vergütung ist daher der Mittelwert dessen anzusehen, was die Anbieter, die den konkreten vom Nutzer angeforderten ortsbezogenen Dienst anbieten, dafür verlangen, jedoch nur, soweit dies nicht über den im nichtigen Vertrag vereinbarten Betrag hinausgeht. Wird dieser Dienst nicht von anderen Anbietern angeboten, so muss davon ausgegangen werden, dass die mit dem konkreten Anbieter vereinbarte Vergütung angemessen ist, da dies die Summe ist, die im Mittel für den konkreten Dienst zu zahlen ist.

3.4.1.3 Entreicherung des Nutzers nach § 818 III BGB

Dadurch, dass der Nutzer eine ortsbezogene Information erhalten hat, die er nur irrtümlich angefordert hatte und eigentlich nicht haben wollte, hat er eine Leistung erhalten, die für ihn

¹⁵³ Lorenz, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 818 Rn. 26; Westermann, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, § 818 Rn. 16.

¹⁵⁴ BGHZ 82, S. 299(308); Medicus, Schuldrecht II, Rn. 678.

¹⁵⁵ Thomas, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 818 Rn. 22; BGH WM 1998, S. 1736(1739).

¹⁵⁶ BGH NJW 1982, S. 879(880).

¹⁵⁷ LG Saarbrücken, NJW-RR 1993, S. 316(317).

persönlich keinen oder zumindest nicht den Wert hat, den sie nach objektiver Wertanschauung hat. Persönliche Verhältnisse des Leistungsempfängers sind, wie bereits dargestellt, nach der Rechtsprechung nicht in der Wertfestsetzung nach § 818 II BGB zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung gesteht aber dem gutgläubigen Konditionsschuldner Haftungserleichterungen aus subjektiven Gründen im Rahmen einer Entreicherung nach § 818 III BGB zu, da es ein Grundprinzip des Bereicherungsrechts ist, dass die Herausgabepflicht des gutgläubig Bereicherten keinesfalls zu der Verminderung seines Vermögens über den Betrag der wirklichen Bereicherung hinaus führen darf¹⁵⁸. Von einer Bereicherung im Sinne der §§ 812 ff BGB kann auch bei ihrer Natur nach nicht rückgabefähigen Dienstleistungen in der Regel nur gesprochen werden, wenn und soweit der Bereicherte eine echte Vermögensmehrung, und sei es nur durch die Ersparnis von Aufwendungen, erfahren hat¹⁵⁹.

Nach § 818 III BGB ist die Verpflichtung zu Herausgabe oder Wertersatz ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Darunter fällt auch, dass die Bereicherung von Anfang an fehlt oder später wegfällt, weil das Erlangte, das nicht gegenständlich herausgegeben werden kann, für den Empfänger wertlos ist oder später wird¹⁶⁰. Für den Nutzer, der irrtümlich eine standortbezogene Information anfordert, die er gar nicht benötigt, ist diese regelmäßig von Anfang an wertlos. Die Verpflichtung zum Wertersatz wäre daher nach § 818 III BGB ausgeschlossen.

3.4.1.3.1 Saldotheorie

Eine Risikoverteilung im Rahmen des § 818 III BGB, bei der allein der Leistende die Risiken trägt, die mit der rechtsgrundlosen Leistung zusammenhängen, wird aber in Rechtsprechung und Literatur als unbillig qualifiziert¹⁶¹. Zur Beseitigung dieses Ungleichgewichts wird bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge daher von der Rechtsprechung die Saldotheorie angewandt¹⁶². Danach bleiben die beiderseitigen Leistungen durch den Austauschzweck trotz ihrer Rechtsgrundlosigkeit in ihrem rechtlichen Schicksal unmittelbar miteinander verknüpft. Es besteht daher von vornherein nur ein einheitlicher Anspruch auf

¹⁵⁸ Westermann, in: *Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 818 Rn. 31; BGHZ 55, S. 128(134).

¹⁵⁹ BGHZ 55, S. 128(131).

¹⁶⁰ Medicus, Schuldrecht II, Rn 681; BGHZ 55, S. 128(134).

¹⁶¹ Medicus, Schuldrecht II, Rn 684.

¹⁶² BGH NJW 1998, S. 1951(1952); BGH NJW 1995, S. 454(454).

Ausgleich der beiderseitigen Vermögensverschiebung, der auf Herausgabe bzw. Wertersatz des Überschusses der Aktiv- über die Passivposten gerichtet ist¹⁶³. Der Anbieter einer standortbezogenen Dienstleistung darf daher denjenigen Betrag, um den der Nutzer nach § 818 III BGB entreichert ist, von seiner Bereicherungsverbindlichkeit, also der vom Nutzer gezahlten Vergütung, abziehen.

Sofern der objektive Wert der ortsbezogenen Leistung der vereinbarten Vergütung entspricht oder diese übersteigt, müsste der Anbieter also nichts zurückzahlen. Beträgt die vereinbarte Vergütung mehr als der objektive Wert der Leistung, müsste der Anbieter den Differenzbetrag erstatten.

Da aber die ortsbezogene Information vom Anbieter grundsätzlich als Vorleistung erbracht wird und die Bezahlung erst mit der nächsten Telefonrechnung erfolgt, wird der Nutzer regelmäßig noch keine Gegenleistung erbracht haben.

Die Saldotheorie kann jedoch nach ganz herrschender Meinung immer nur einen Abzug begründen, keinen selbständigen Anspruch¹⁶⁴. Daher kommt sie dem Anbieter dann, wenn die Anfechtung vor Bezahlung des Dienstes mit der nächsten Telefonrechnung erfolgt, nicht zugute, da er von dem entreicherten Nutzer wegen § 818 III BGB nicht die Zahlung der Gebühr verlangen kann¹⁶⁵. Wie unter Punkt 3.2 dargestellt, wird der Nutzer aber seinen Irrtum in den meisten Fällen in dem Zeitraum zwischen Absendung der Anfrage nach einem standortbezogenen Dienst und Erhalt der Gebührenaufstellung des Netzbetreibers bemerken. Er wird daher regelmäßig die Anfechtung vor Bezahlung des standortbezogenen Dienstes mit der nächsten Rechnung erklären, so dass der Anbieter nach den Grundsätzen der Saldotheorie keinen Abzug geltend machen kann.

Hat der Nutzer dagegen den standortbezogenen Dienst bereits bezahlt und entdeckt danach erst seinen Irrtum, hat er lediglich einen Anspruch auf Herausgabe der Summe, um die die

¹⁶³ BGH NJW-RR 1997, S. 1537(1538).

¹⁶⁴ *Sprau*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 818 Rn. 48; *Lieb*, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 818 Rn. 85.

¹⁶⁵ Anders die von Canaris in *Pfister/Will (Hrsg.)*, Festschrift für Werner Lorenz, S. 23ff und in *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II, 2. Halbband, S. 324ff vertretene Lehre von der Gegenleistungskondition. Nach dieser Theorie muß § 818 III BGB bei unwirksamen gegenseitigen Verträgen eingeschränkt werden, da aus dem Glauben an die Wirksamkeit des Vertrages nicht nur der Glaube, die empfangene Leistung behalten zu dürfen, folge. Vielmehr ergebe sich daraus auch der Glaube, die geschuldete Gegenleistung erbringen zu müssen. Wer die Leistung wegen § 818 III BGB nicht zurückgeben und auch keinen Wertersatz leisten muß, sei daher bis zur „Opfergrenze“ des Wertes dieser Leistung nicht schutzbedürftig. Dieser Theorie zufolge würde also der Nutzer dem Anbieter eine Gegenleistung bis zur Höhe des objektiven Werts der Leistung schulden, auch wenn die Leistung für ihn wertlos ist. Der Nutzer müßte

vereinbarte Vergütung den objektiven Wert der Leistung übersteigt. Diese Konstellation wird jedoch nur in Ausnahmefällen eintreten, da der Nutzer in der Praxis selten Rechnungen überprüfen wird, die er bereits bezahlt hat. Dass ihm nach Abwicklung des gesamten Vertrages über die ortsbezogene Leistung auf andere Art und Weise sein Irrtum bewusst wird, wird ebenfalls ein Ausnahmefall bleiben.

3.4.1.3.2 Kenntnis des Nutzers vom fehlenden Rechtsgrund

Fraglich ist aber, ob der Nutzer sich auf eine Entreicherung im Sinne einer von Anfang an fehlenden Bereicherung berufen kann, wenn er den fehlenden Rechtsgrund beim Empfang kennt.

Dann ist es ihm wegen §§ 819 I, 818 IV BGB zumindest versagt, sich nach § 818 III BGB auf den späteren Wegfall einer einmal vorhandenen Bereicherung zu berufen, weil er dann nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 292, 989, 990 BGB haftet.

Problematisch ist, ob es ihm unter den gleichen Bedingungen ebenfalls versagt ist, schon die Entstehung einer Bereicherung zu leugnen. Zumindest für die Fälle, in denen die in Frage stehende Bereicherung in der Ersparnis von Aufwendungen für außergewöhnliche Dinge besteht, die sich der Bereicherungsschuldner sonst nicht leisten würde oder leisten könnte, wurde von höchstrichterlicher Rechtsprechung entschieden, dass die nicht entstandene Bereicherung der später weggefallenen gleichzusetzen ist, so dass der Bereicherungsschuldner sich nicht auf Entreicherung berufen kann¹⁶⁶. Ortsbezogene Informationen können aber wegen ihres geringen finanziellen Werts nicht als Luxusaufwendung qualifiziert werden, die sich der Bereicherungsschuldner sonst nicht leisten würde oder könnte. Beim Nutzer tritt vielmehr deswegen von vornherein keine Bereicherung ein, weil es sich um Informationen handelt, die er nicht benötigt und die daher für ihn wertlos sind.

Die Gleichbehandlung der Frage des späteren Wegfalls der Bereicherung und der Frage, ob eine Bereicherung überhaupt eingetreten ist, erscheint aber bei gleicher Interessenlage der Beteiligten generell geboten. Denn wenn man an den späteren Wegfall einer Bereicherung andere Rechtsfolgen knüpft als an ihr Fehlen von Anfang an, so entsteht dadurch eine Ungleichbehandlung im Bereicherungsrecht, für die keine einleuchtenden Gründe erkennbar

dem Anbieter daher auch im Falle der Vorleistung den objektiven Wert der Leistung herausgeben.

sind. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum es einem Bereicherungsschuldner, der den fehlenden Rechtsgrund beim Empfang kennt, versagt ist, sich auf den späteren Wegfall einer einmal vorhandenen Bereicherung zu berufen, er aber unter den gleichen Voraussetzungen die Entstehung einer Bereicherung leugnen kann. Kennt der Bereicherungsschuldner den Mangel des rechtlichen Grundes, so kann es keinen Unterschied machen, ob er das zunächst Empfangene seinem Vermögen erst einverleibt und später wieder ausgibt, oder ob das Empfangene selbst aufgrund persönlicher Umstände des Bereicherungsschuldners schon nicht zu einer Mehrung seines Vermögens führt. Entscheidend ist, dass der Bereicherungsschuldner in Kenntnis des Mangels des rechtlichen Grundes tatsächlich etwas erlangt hat, für das er, wenn eine Herausgabe nicht möglich ist, nach § 818 II BGB grundsätzlich Wertersatz leisten muss. Dass die ausnahmsweise Beschränkung auf den Betrag der noch vorhandenen Bereicherung nach § 818 III BGB nur den gutgläubigen Empfänger begünstigen soll, ergibt sich für den späteren Wegfall der Bereicherung aus §§ 819 I, 818 IV BGB. Dieser Grundsatz hat aber auch für die Entstehung einer Bereicherung zu gelten, da ja auch hier der Bereicherungsschuldner den Mangel des rechtlichen Grundes kennt. In einem solchen Fall muss sich der Bereicherungsschuldner, der von Anfang an Kenntnis vom Mangel des Rechtsgrundes hat, so behandeln lassen, als ob er etwas erspart und sein Vermögen dadurch vermehrt hätte¹⁶⁷.

Ein Nutzer, der Kenntnis davon hat, dass er die standortbezogene Information rechtsgrundlos erhalten hat, kann sich daher gegenüber dem Anbieter nicht auf Entreicherung im Sinne einer von Anfang an fehlenden Bereicherung berufen.

Fraglich ist, ob ein Nutzer, der irrtümlich eine standortbezogene Information anfordert, beim Empfang der Leistung Kenntnis von deren Rechtsgrundlosigkeit hat.

Kenntnis vom fehlenden Rechtsgrund hat der Nutzer dann, wenn er beim Empfang der Leistung die Tatsachen, aus denen sich das Fehlen des Rechtsgrundes ergibt, und die Rechtsfolgen des fehlenden rechtlichen Grundes positiv kennt¹⁶⁸. Die Tatsachen, aus denen sich das Fehlen des Rechtsgrundes ergibt, sind der Irrtum des Nutzers, die daraus resultierende Anfechtbarkeit des Vertrages und die Rechtsfolge der Anfechtung nach § 142 I BGB, die Nichtigkeit des Vertrages. Nach § 142 II BGB steht die Kenntnis von der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts aber der Kenntnis von dessen Nichtigkeit gleich. Es

¹⁶⁶ BGHZ 55, S. 128(134).

¹⁶⁷ Jakobs, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung, S. 150f.

reicht daher aus, wenn der Nutzer seinen Irrtum erkennt und sich bewusst wird, dass er aufgrund dieses Irrtums die Möglichkeit hat, den Vertrag anzufechten.

Des Weiteren muss er die Rechtsfolgen des fehlenden rechtlichen Grundes positiv kennen¹⁶⁹. Positiv kennen heißt dabei nicht, dass der Nutzer die Pflicht zur Herausgabe des Erlangten bzw., da dies unmöglich ist, die Pflicht zum Wertersatz als juristische Folge der Anfechtung des Vertrages über die ortsbezogene Dienstleistung kennen muss¹⁷⁰. Es reicht vielmehr aus, wenn ihm nach dem normativen Maßstab redlich Denkender bewusst ist, dass er die Leistung seines Vertragspartners nicht ohne weiteres behalten darf¹⁷¹. Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre lassen es dabei auch genügen, dass der Empfänger die für den Mangel des Rechtsgrundes maßgebenden Tatsachen kennt und sich der daraus folgenden Einsicht in den Mangel bewusst verschließt¹⁷². Ein redlicher Nutzer wird, wenn er seinen Irrtum und die daraus folgende Anfechtungsmöglichkeit erkennt, bei Betrachtung der Sachlage auch erkennen, dass, wenn er die Leistung, zu der er sich aufgrund eines Irrtums vertraglich verpflichtet hat, nicht erbringen will, er auch die Leistung seines Vertragspartners nicht behalten darf.

Erkennt der Nutzer also in dem Zeitraum zwischen der Absendung der Anfrage und dem Erhalt der ortsbezogenen Information, dass er irrtümlich eine Anfrage abgesandt hat und dass er sich aus diesem Grund vom Vertrag lösen kann, so ist ihm bei Zugrundelegung des normativen Maßstabs eines redlich Denkenden auch bewusst, dass er die Leistung des Diensteanbieters nicht behalten darf. Er hat damit bei Erhalt der Information bereits Kenntnis vom Fehlen des Rechtsgrundes. Der Nutzer ist dann nicht gutgläubig im Sinne von §§ 819 I, 818 IV BGB, er kann sich somit nicht auf Entreicherung berufen. Er schuldet dem Anbieter folglich Ersatz des objektiven Wertes nach § 818 II BGB.

Ist es aber erst die Zusendung der standortbezogenen Dienstleistung selbst, die dem Nutzer die Erkenntnis bringt, ungewollt ein Angebot abgegeben zu haben, kennt er beim Empfang der Leistung das Fehlen des Rechtsgrundes noch nicht, da er die Leistung bereits mit Eintritt in seinen Machtbereich, also dem Zugang auf seinem Mobiltelefon, empfängt, die

¹⁶⁸ Thomas, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 819 Rn. 2; Medicus, Schuldrecht II, Rn. 686.

¹⁶⁹ BGHZ 118, 383(392); Lorenz, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 819 Rn. 6.

¹⁷⁰ BGH NJW 1996, S. 2652(2653).

¹⁷¹ BGH NJW 1996, S. 2652(2653).

¹⁷² Larenz/Canaris, Schuldrecht II, 2. Halbband, S. 309f; BGHZ 32, S. 76(92).

Wahrnehmung der Information aber zumindest erst eine logische Sekunde später erfolgt. Ebenfalls keine Kenntnis im Sinne von §§ 819 I, 818 IV BGB hat der Nutzer, wenn er bei Zusendung der ortsbezogenen Information davon ausgeht, dass diese nicht auf ein Verhalten seiner Person zurückzuführen ist, sondern z.B. die Information für eine kostenlose Werbung des Anbieters hält, da er dann schon keine Kenntnis von seinem Irrtum hat. In diesen Fällen haftet der Nutzer nicht nach §§ 819 I, 292, 987 ff BGB und seine Verpflichtung zum Wertersatz ist nach § 818 III BGB ausgeschlossen.

3.4.2 Schadensersatz nach § 122 BGB

Neben der Rückabwicklung nach §§ 812 ff BGB hat der Anbieter einen Schadensersatzanspruch nach § 122 I BGB auf Ersatz des negativen Interesses gegen den Nutzer.

Zweck des § 122 BGB ist der Schutz des auf die Gültigkeit des Vertrags vertrauenden und vertrauen dürfenden Anfechtungsgegners. Falls der Vertrag wegen der Anfechtung des Nutzers von Anfang an nichtig ist, soll der Anbieter zumindest so gestellt werden, als wäre der Vertrag nie zustande gekommen. Er soll also Schäden, die ihm durch sein Vertrauen auf die Willenserklärung des Nutzers erwachsen sind, z.B. Versandkosten der ortsbezogenen Information oder Nachteile wegen des Nichtzustandekommens eines Vertrages mit einem anderen Nutzer, geltend machen können, jedoch nur bis zum Betrag des positiven Interesses, § 122 I BGB. Der Anbieter soll also nicht besser stehen, als wenn der Vertrag nicht angefochten worden wäre.

Aus dieser Beschränkung des Schadensersatzanspruches auf maximal das positive Interesse ergibt sich, dass § 122 BGB als Schutzvorschrift für den Anfechtungsgegner diesem nur soweit Ersatz gewähren soll, als ihm aus der Tatsache, dass er wegen der Anfechtung keinen Anspruch auf vertragliche Gegenleistung hat, finanzielle Schäden entstehen.

Erhält der Anbieter aber im Rahmen der Rückabwicklung nach § 812 ff BGB Ersatz des objektiven Wertes nach § 818 II BGB, so ist dies zwar keine vertraglich geschuldete Gegenleistung, aber eine Leistung aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis, das durch die Anfechtung des vertraglichen Schuldverhältnisses entstanden ist. In Höhe dieses Betrages ist dem Anbieter folglich durch die Anfechtung kein finanzieller Schaden entstanden. Der

Anbieter kann daher in diesen Fällen nach dem Schutzzweck des § 122 BGB maximal das positive Interesse abzüglich des objektiven Wertes der ortsbezogenen Information als Schaden geltend machen.

Kann der Nutzer sich hingegen im Rahmen der Rückabwicklung nach §§ 812 ff BGB auf Entreicherung berufen, haftet er nach § 122 BGB für Schäden des Anbieters bis zum Betrag des positiven Interesses.

Die Schadensersatzpflicht des Nutzers ist auch nicht nach § 122 II BGB ausgeschlossen. Der Anbieter ortsbezogener Dienstleistungen, der mittels elektronischer Willenserklärung eine Anfrage von einem Nutzer erhält, kann nicht erkennen, ob diese Anfrage auf einem Irrtum beruht. Diese Unkenntnis beruht auch nicht auf Fahrlässigkeit des Anbieters, da sich ihm eine Nutzeranfrage immer als eine durch Tastendruck des Nutzers ausgelöste elektronische Willenserklärung darstellt, gleich ob dabei ein Irrtum des Nutzers vorliegt oder nicht. Ein Irrtum des Nutzers ist für den Anbieter daher weder vorhersehbar noch vermeidbar.

3.5 Zusammenfassung

Beim Vertrag über standortbezogene Dienste kommen drei Arten rechtlich relevanter Irrtümer in Betracht, denen der Nutzer unterliegen kann. Dies ist zum einen ein Erklärungsirrtum nach § 119 I 2. Alt. BGB, wenn der Nutzer irrtümlich eine Taste auf seinem Mobilfunkgerät drückt und dadurch ein Angebot abgibt. Zum anderen kann ein Inhaltsirrtum nach § 119 I 1. Alt. BGB vorliegen, wenn der Nutzer irrtümlich eine andere ortsbezogene Anfrage absendet, als er ursprünglich absenden wollte. Schließlich ist auch möglich, dass das Nutzerangebot einem Anbieter durch einen Übertragungsfehler falsch übermittelt wird oder irrtümlich einem falschen Empfänger zugeleitet wird. In diesem Fall kommt eine Anfechtung nach § 120 BGB in Betracht, da der Nutzer die Erklärung nicht mit dem übermittelten Inhalt abgeben wollte.

Gemäß § 121 BGB muss der Nutzer die Anfechtung unverzüglich, nachdem er von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat, erklären. Es bleibt ihm jedoch dabei eine je nach Einzelfall angemessene Frist für die Entscheidung, ob er von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen will und um die für die Anfechtungserklärung erforderlichen Daten des

Anbieters zu ermitteln. Nach § 121 II BGB kann der Nutzer die Anfechtung aber längstens bis zu zehn Jahre nach Abgabe seiner Anfrage erklären.

Die Anfechtungserklärung kann von dem Nutzer mittels Brief, Telefon, Telefax oder E-Mail gegenüber dem Anbieter erklärt werden. Dabei reicht es aus, wenn der Nutzer seine Erklärung allgemein an die Firma des Diensteanbieters richtet, da er damit im Rahmen einer durchschnittlichen Unternehmensorganisation der zuständigen Stelle die Kenntnisnahme ermöglicht. Er muss sich daher nicht direkt an den gesetzlichen Vertreter der Firma oder eine von diesem ermächtigte Person wenden.

Nach § 142 I BGB ist der angefochtene Vertrag über eine ortsbezogene Dienstleistung als von Anfang an nichtig anzusehen.

Die Rückgewähr der beiderseitig empfangenen Leistungen richtet sich nach §§ 812 I, 1. Alt., 818 ff BGB. Da dem Nutzer wegen der Beschaffenheit der erlangten Information die Herausgabe der Anbieterleistung objektiv unmöglich ist, kommt von Seiten des Nutzers nur Ersatz des objektiven Wertes nach § 818 II BGB in Betracht. Für den Nutzer, der irrtümlich eine standortbezogene Information anfordert, die er gar nicht benötigt, ist diese jedoch regelmäßig von Anfang an wertlos. Die Verpflichtung zum Wertersatz wäre daher nach § 818 III BGB ausgeschlossen.

Haben beide Parteien ihre Leistungen zum Zeitpunkt der Anfechtung bereits erbracht, besteht nach der Saldotheorie bei der Rückabwicklung von Verträgen jedoch nur ein einheitlicher Anspruch der Parteien auf Wertersatz des Überschusses der Aktiv- über die Passivposten. Folglich muss auch der Anbieter dem Nutzer dessen Gegenleistung nicht erstatten, sofern der objektive Wert der ortsbezogenen Leistung der vereinbarten Vergütung entspricht oder diese übersteigt. Beträgt die vereinbarte Vergütung mehr als den objektiven Wert der Leistung, muss der Anbieter den Differenzbetrag erstatten.

Der Nutzer wird aber regelmäßig die Anfechtung vor Bezahlung des standortbezogenen Dienstes mit der nächsten Mobilfunkrechnung seines Netzbetreibers erklären, so dass der Anbieter keine Geldleistung des Nutzers erhalten hat, von der er nach den Grundsätzen der Saldotheorie bei der Rückabwicklung der Leistungen einen Abzug in Höhe des objektiven Werts der von ihm erbrachten ortsbezogenen Information geltend machen kann.

In diesen Fällen besteht für den Nutzer zum einen wegen der Nichtigkeit des Vertrages keine Zahlungsverpflichtung mehr, zum anderen muss er aber wegen § 818 III BGB keine Wertersatz leisten.

Hat der Nutzer jedoch beim Empfang der standortbezogenen Information Kenntnis davon, dass er diese rechtsgrundlos erhalten hat, ist es ihm wegen §§ 819 I, 818 IV BGB versagt, sich nach § 818 III BGB auf den Wegfall der Bereicherung zu berufen, weil er dann vom Empfang der Leistung an nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 292, 989, 990 BGB haftet. Kenntnis beim Empfang der Information hat der Nutzer, wenn er in dem Zeitraum zwischen der Absendung der Anfrage und dem Erhalt der ortsbezogenen Information erkennt, dass er irrtümlich eine Anfrage abgesandt hat und dass er sich aus diesem Grund vom Vertrag lösen kann. In diesem Fall schuldet er dem Anbieter folglich Ersatz des objektiven Wertes nach § 818 II BGB.

Neben der Rückabwicklung nach §§ 812 ff BGB hat der Anbieter im Falle der Anfechtung durch den Nutzer einen Schadensersatzanspruch nach § 122 I BGB auf Ersatz des negativen Interesses gegen den Nutzer.

Erhält der Anbieter im Rahmen der Rückabwicklung nach § 812 ff BGB Ersatz des objektiven Wertes nach § 818 II BGB, so ist dies zwar keine vertraglich geschuldete Gegenleistung, aber eine Leistung aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis, das durch die Anfechtung des vertraglichen Schuldverhältnisses entstanden ist. In Höhe dieses Betrages ist dem Anbieter folglich durch die Anfechtung kein finanzieller Schaden entstanden. Der Anbieter kann daher in diesen Fällen nach dem Schutzzweck des § 122 BGB maximal das positive Interesse abzüglich des objektiven Wertes der ortsbezogenen Information als Schaden geltend machen.

4 Pflichtverletzungen beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste

Große Bedeutung hat bei der Erörterung von vertragsrechtlichen Problemen einer besonderen Vertragsart des Weiteren die Frage, welche Leistungsstörungen bei der konkreten Vertragsart in Betracht kommen. Daher wird im folgenden Kapitel dargestellt, welche Pflichtverletzungen bei den derzeit angebotenen Verträgen über standortbezogene Mobilfunkdienste in Frage kommen und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben. Besonderheiten entstehen auch hier wieder in erster Linie aufgrund des Abwicklungsmodus des Vertrages über standortbezogene Dienste und der Tatsache, dass es sich bei den momentan angebotenen Diensten um reine Informationsdienste handelt.

Die Erörterungen der vorliegenden Arbeit beschränken sich auf Pflichtverletzungen von Seiten des Diensteanbieters, da sich für Pflichtverletzungen von Seiten des Nutzers keine Besonderheiten ergeben.

Denn in den Fällen, in denen Hauptpflicht des Nutzers die Entrichtung einer Gebühr als Gegenleistung für die ortsbezogene Information ist, handelt es sich um eine Geldleistung, die über die Gebührenabrechnung des Mobilfunkanbieters, bei dem der Nutzer seinen Mobilfunkvertrag abgeschlossen hat, eingezogen wird. Bei Störungen dieser Leistung entstehen daher im Vergleich zur Bezahlung als Gegenleistung in anderen Verträgen keine mobilfunktypischen oder durch die automatische Lokalisierung bedingten Besonderheiten.

Verlangt der Anbieter keine Gebühr für den ortsbezogenen Dienst, so besteht hingegen überhaupt keine Hauptpflicht des Nutzers, hinsichtlich der eine Leistungsstörung vorliegen könnte.

Weiterhin sind für Verträge über ortsbezogene Dienstleistungen auch keine dem Nutzer entstehenden Nebenpflichten, beispielsweise besondere Sorgfalts- oder Informationspflichten, erkennbar. Denn der Nutzer sendet lediglich über sein Mobiltelefon eine Anfrage ab, ohne dabei eine überlegene Stellung dem Anbieter gegenüber innezuhaben, welche ihn zur Information des Diensteanbieters als eines bestehenden oder potentiellen Vertragspartners verpflichten könnte. In den Fällen, in denen ein Dienstvertrag zwischen Nutzer und Anbie-

ter besteht, ist auch nicht ersichtlich, dass sich aus dienstvertraglichen Vorschriften besondere Sorgfaltspflichten für den Nutzer ergeben.

Hinsichtlich der Haupt- und Nebenpflichten des Diensteanbieters bestehen hingegen mehrere Möglichkeiten der Pflichtverletzung. So kann der Anbieter beispielsweise seine Hauptleistung nicht erbringen, eine falsche, eine andere als gefordert bzw. eine unvollständige Information übersenden oder die gewünschte Information verspätet erbringen.

Insbesondere aus ihrer Stellung als Unternehmer und Anbieter von Dienstleistungen im elektronischen Geschäftsverkehr können den Anbietern ortsbezogener Dienstleistungen aber auch Nebenpflichten erwachsen, beispielsweise Pflichten, die sich gegenüber privaten Nutzern aus Verbraucherschutzvorschriften ergeben, oder gegenüber jedem Nutzer aus den Vorschriften über den elektronischen Geschäftsverkehr.

Schutz- und Verhaltenspflichten könnten dem Anbieter aber auch ganz allgemein obliegen, da er dem Nutzer die Rahmenbedingungen für den Vertragsschluss über ortsbezogene Dienstleistungen vorgibt und dadurch diesem gegenüber ein überlegenes Wissen hat. Dies kann insbesondere allgemeine Aufklärungs- und Informationspflichten des Anbieters nach sich ziehen.

Das seit 01.01.2002 geltenden Leistungsstörungenrecht baut auf einem einheitlichen Grundtatbestand der Pflichtverletzung auf. Dabei erfasst die zentrale Anspruchsnorm des § 280 I BGB jedwede Art der Verletzung von Pflichten aus einem Schuldverhältnis¹⁷³. Im Folgenden wird kurz dargestellt, wann ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 I BGB zwischen Nutzer und Anbieter vorliegt, im Rahmen dessen eine Leistungsstörung auftreten kann (Punkt 4.1). Sodann wird, differenziert nach den unterschiedlichen Arten von Leistungsstörungen, herausgearbeitet, welche Pflichtverletzungen durch einen Anbieter ortsbezogener Dienste gegenüber dem Nutzer möglich sind (Punkt 4.2). Im Anschluss daran werden die Rechtsfolgen der möglichen Pflichtverletzungen erörtert (Punkt 4.3). Dabei wird zuerst das Schicksal des Erfüllungsanspruches untersucht und danach auf die Schadensersatzansprüche und Rücktrittsrechte des Nutzers sowie deren Verhältnis zueinander eingegangen.

¹⁷³ *Mattheus*, Schuldrechtsmodernisierung, in: JuS 2002, S. 209(211).

Nicht Gegenstand der Ausführungen in diesem Kapitel sind Verbraucherschützende Vorschriften, insbesondere die Regelungen zu den Fernabsatzverträgen, §§ 312 b BGB, und die Regelungen im elektronischen Geschäftsverkehr, § 312 e BGB.

Dies gebieten zum einen Gründe der Übersichtlichkeit. Denn durch § 312 e BGB beispielsweise werden den Anbietern standortbezogener Dienstleistungen sowohl vertragliche als auch vorvertragliche Pflichten auferlegt, so dass entweder auf eine getrennte Herausarbeitung vertraglicher und vorvertraglicher Pflichten der Anbieter ortsbezogener Dienstleistungen verzichtet werden müsste oder die Besonderheiten des Vertrages im elektronischen Geschäftsverkehrs nicht zusammenhängend dargestellt werden könnten. Beide Möglichkeiten würden aber die Verständlichkeit und Übersichtlichkeit der Ausführungen erheblich beeinträchtigen.

Zum anderen hat dies auch rechtliche Gründe, da sich die Erörterungen zu den Rechtsfolgen der Verletzung allgemeiner schuldrechtlicher Pflichten nicht ohne weiteres auf die Rechtsfolgen einer Verletzung der Pflichten, die für besondere Betriebsformen gelten, übertragen lassen. Vielmehr besteht in der Literatur Uneinigkeit darüber, welche Rechtsfolgen sich aus einem Verstoß gegen Vorschriften über besondere Vertriebsformen ergeben. Spezielle Verbraucherschutzvorschriften wie diejenigen über allgemeine Geschäftsbedingungen und Vorschriften zu den besonderen Betriebsformen werden daher erst im folgenden Kapitel erörtert.

4.1 Schuldverhältnis zwischen Nutzer und Diensteanbieter

Wie unter Abschnitt 2.1. dargestellt, wird mit Absendung der ortsbezogenen Information durch den Anbieter zwischen dem Nutzer und dem Anbieter ein Dienstvertrag, bzw. ein Auftragsverhältnis geschlossen. Ab diesem Zeitpunkt besteht daher ein vertragliches Schuldverhältnis im Sinne von § 311 I BGB zwischen Nutzer und Diensteanbieter.

Ein Schuldverhältnis entsteht nach § 311 II BGB aber auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder die Anbahnung eines Vertrages, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt. Zu einer solchen Einwirkungsmöglichkeit kommt es bei der Inanspruchnahme ortsbezogener Dienstleistungen

bereits dann, wenn ein Nutzer eine Anfrage bezüglich eines ortsbezogenen Dienstes an die elektronische Datenbank eines Diensteanbieters richtet. Denn damit gibt der Nutzer die Kontrolle über einen Teil seiner Rechtsgüter aus der Hand, indem er es in das Belieben des Anbieters stellt, ihn durch die Vertragsannahme vertraglich zu binden und dadurch Einfluss auf seine Rechte zu nehmen. Es handelt sich daher nicht mehr um einen bloßen „sozialen Kontakt“, sondern um eine Einwirkungsmöglichkeit „im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung“¹⁷⁴. Daher besteht ab dem Zeitpunkt der Absendung einer Anfrage nach einem ortsbezogenen Dienst durch den Nutzer ein vorvertragliches Schuldverhältnis gemäß § 311 II Nr. 2 BGB zwischen Anbieter und Nutzer.

4.2 Pflichtverletzungen durch den Diensteanbieter

4.2.1 Verletzung vorvertraglicher Pflichten

In dem ab dem Zeitpunkt der Absendung einer Nutzeranfrage bestehenden vorvertraglichen Schuldverhältnis gemäß § 311 II Nr. 2 BGB obliegen den Parteien vorvertragliche Pflichten nach § 241 II BGB zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils.

4.2.1.1 Schutzzumfang von § 241 II BGB

Fraglich ist jedoch, welche Arten vorvertraglicher Pflichten § 241 II BGB im Einzelnen umfasst. Unstreitig erfasst § 241 II BGB Pflichten zur Rücksichtnahme, also Schutzpflichten in Bezug auf Rechte und Rechtsgüter, die der andere Teil unabhängig von der vertraglichen Leistungsbeziehung besitzt¹⁷⁵. Untersucht werden muss hingegen, ob unter § 241 II BGB auch vorvertragliche Informationsschutzpflichten fallen, also Informations- und Aufklärungspflichten bezüglich von Umständen, die für den Vertragsschluss von Bedeutung sein können.

¹⁷⁴ Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, in: JZ 2001, S. 499(520).

Nach Ansicht einiger Vertreter in der Literatur ergibt sich nämlich aus dem Wortlaut des § 241 II BGB, wonach jeder Teil „zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet“ ist, dass ausschließlich Schutzpflichten in Bezug auf Rechte und Rechtsgüter, die der andere Teil unabhängig von der Leistungsbeziehung besitzt, gemeint sind, da Informationspflichten nicht ausdrücklich Erwähnung finden¹⁷⁶.

Gegen diese Ansicht spricht, dass in § 241 II BGB ausdrücklich auch Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Teils verlangt wird. Vorvertragliche Informationspflichten sind jedoch nichts anderes als Ausdruck der im Einzelfall gebotenen Rücksichtnahme auf die Interessen des potentiellen Vertragspartners, zu denen auch die Möglichkeit einer freien Entscheidung gehört. Diese ist aber nur möglich, wenn jeder Teil den anderen Teil den Umständen des konkreten Falles angemessen informiert. Dafür, dass § 241 II BGB auch die Dispositionsfreiheit schützt und damit vorvertragliche Informationspflichten erfasst, spricht auch, dass andernfalls in einem vorvertraglichen Schuldverhältnis nach § 311 II BGB zwar Schutzpflichten bezüglich bereits bestehender Rechtsgüter des anderen Teils, nicht aber Informationsschutzpflichten gegenüber dem anderen Teil gesetzlich festgeschrieben wären. Dies entspräche aber nicht dem Willen des Gesetzgebers, der in §§ 311 II, 241 II BGB das durch richterliche Rechtsfortbildung entstandene Rechtsinstitut der culpa in contrahendo im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes gesetzlich regeln wollte¹⁷⁷. Denn dieses Rechtsinstitut erfasste auch vorvertragliche Aufklärungs- und Informationspflichten und nicht nur vorvertragliche Schutzpflichten bezüglich bereits bestehender Rechte.

Gerade durch das Wort „Interessen“ in § 241 II BGB wird also klargestellt, dass nicht nur Rechte und Rechtsgüter im Sinne von § 823 I BGB und auch nicht nur Vermögensinteressen, sondern eben Interessen aller Art einschließlich der Entscheidungsfreiheit gemeint sind¹⁷⁸. § 241 II BGB erfasst daher im vorvertraglichen Bereich neben der Schutzpflicht für

¹⁷⁵ *Krebs*, Kodifizierung von Richterrecht, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, § 3 Rn. 2; *Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, in: JZ 2001, S. 499(520); *Heinrichs*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 241 Rn. 7.

¹⁷⁶ *Zimmer*, Das neue Recht der Leistungsstörungen, in: NJW 2002, S. 1(7), *Krebs*, Kodifizierung von Richterrecht, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, § 3 Rn. 4.

¹⁷⁷ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 125, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>.

¹⁷⁸ *Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, in: JZ 2001, S. 499(519); Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 126, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>.

bereits bestehende Rechte und Rechtsgüter des anderen Teils auch Schutzpflichten zur Information des anderen Teils¹⁷⁹.

Die Schutzpflichten des § 241 II BGB sind aber größtenteils weder gesetzlich normiert noch vertraglich fixiert, sondern werden von Gerichten anhand des konkreten Falles entwickelt. Sie dienen dazu, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Partner eines Schuldverhältnisses in stärkerem Maße als rechtlich unverbundene Personen in der Lage sind, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der anderen Partei einzuwirken und diese zu beeinträchtigen¹⁸⁰. Andererseits darf aber nicht übersehen werden, dass die Schutzpflichten des § 241 II BGB für die andere Partei, in diesem Fall also den Diensteanbieter, eine Belastung mit besonderen, über die allgemeine Verkehrssicherungspflicht hinausreichenden Schutzpflichten bedeutet¹⁸¹. Wie die Formulierung „kann“ in § 241 II BGB andeutet, bestehen also nicht in allen Schuldverhältnissen umfassende Schutzpflichten¹⁸².

Vorvertragliche Informationsschutzpflichten bestehen aber typischerweise in Fällen, in denen eine Partei besondere Sachkunde in dem Sinne hat, dass sie ein präsentisches Wissen besitzt, bezüglich dessen der andere Teil einen erheblichen Informationsbedarf hat¹⁸³. Eine vorvertragliche Aufklärungs- und Informationspflicht besteht daher vor allem auch in Fällen informationeller Unterlegenheit einer Seite, beispielsweise weil die andere Seite aus ihrem Geschäftskreis Kenntnisse besitzt, die für die Vertragsentscheidung oder Leistungserbringung des Anderen bedeutsam sind und über die der andere Teil nach der Verkehrsauffassung redlicherweise Aufklärung erwarten darf¹⁸⁴.

Da der Nutzer seine Anfrage nach ortsbezogenen Diensten an eine elektronische Datenbank des Anbieters richtet, kann er die Vertragsmodalitäten nicht beeinflussen. Ihm bleibt daher nur die Wahl, den Vertrag zu den vom Anbieter vorgegebenen Bedingungen zu schließen oder den Vertragsschluss zu unterlassen. Aus diesem Grund besteht bei ihm ein Informationsdefizit im Hinblick auf die Vertragsmodalitäten, die der Anbieter vorgibt, so dass er bezüglich dieser redlicherweise Aufklärung erwarten darf.

¹⁷⁹ Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, in: JZ 2001, S. 499(520); Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 241 Rn. 7.

¹⁸⁰ Wilmowsky, Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis, in: JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 3(5).

¹⁸¹ Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 203.

¹⁸² Krebs, Kodifizierung von Richterrecht, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, § 3 Rn. 6.

¹⁸³ Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts, in: AcP 200, S. 273(313); BGH NJW 1971, S. 1795(1799); BGH MDR 1982, S. 462(463).

4.2.1.2 Pflichtenkatalog beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste

Fraglich ist nun, welche vorvertraglichen Pflichten einen Anbieter im Vorfeld eines Vertrages über ortsbezogene Dienstleistungen treffen. Da für diese Art von Mobilfunkdienstleistungen von der Rechtsprechung bislang keine speziellen Pflichten im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung entwickelt wurden, soll im Folgenden ein am Vertragszweck und insbesondere an den Zielen, die die Parteien typischerweise beim Vertrag über ortsbezogene Dienstleistungen haben, orientierter Pflichtenkatalog für den Anbieter herausgearbeitet werden. Bei der Erstellung des Pflichtenkatalogs wird anhand der zwei Kategorien vorgegangen, in die vorvertragliche Pflichten eingeteilt werden und die bereits oben genannt wurden.

Zum einen obliegen dem Anbieter Verhaltenspflichten, insbesondere Informations- und Aufklärungspflichten, bezüglich der Umstände, die für den Vertragschluss des anderen Teils erkennbar von Bedeutung sein können¹⁸⁵.

Zum anderen besteht vor Vertragschluss eine Schutzpflicht dahingehend, sich bei der Anbahnung des Schuldverhältnisses so zu verhalten, dass Rechte oder Rechtspositionen, die der Vertragspartner unabhängig von der Leistung hat, nicht verletzt werden¹⁸⁶.

4.2.1.2.1 Vorvertragliche Informationsschutzpflichten

Zunächst soll erörtert werden, welche Informationen es sind, die für den Entschluss des Nutzers zum Vertragschluss erkennbar von Bedeutung sind und deren Mitteilung daher in den Bereich der vorvertraglichen Sorgfaltspflichten des Diensteanbieters fällt.

Beim Vertrag über standortbezogene Dienste kommen mehrere Vertragsmodalitäten in Betracht, deren Kenntnis für die Entscheidung des Nutzers zum Vertragschluss von Bedeutung sein kann.

¹⁸⁴ BGH NJW-RR 1991, S. 439(440); *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 42 Rn. 18.

¹⁸⁵ Larenz, Schuldrecht I, S. 110; BGH NJW 1974, S. 849(851); *Heinrichs*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 241 Rn. 6.

¹⁸⁶ *Heinrichs*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 241 Rn. 6; *Roth*, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 241 Rn. 90.

Zum einen ist es für den Nutzer wichtig, über die genaue Funktionsweise der Anforderung standortbezogener Dienstleistungen Bescheid zu wissen, also darüber, welche Leistungen er unter welchen Voraussetzungen erhalten kann¹⁸⁷. Im konkreten Fall heißt dies für die Nutzung ortsbezogener Dienste, dass der Nutzer informiert werden muss, welche Informationen ein Anbieter anbietet und ob dieser dafür eine Gebühr erhebt oder den Dienst gratis erbringt. Nur dann kann der Nutzer abwägen, welche Kosten auf ihn zukommen und ob die entsprechende Information ihm in der gewünschten Weise weiterhelfen kann.

Zum anderen ist es für den Nutzer von Bedeutung, auf etwaige Risiken eines Fehlverhaltens hingewiesen zu werden. Dies wäre bei der automatisierten Bearbeitung einer Nutzeranfrage etwa, ob der Nutzer bei einer fehlerhaften Eingabe die Möglichkeit hat, diese zu korrigieren. Auch dies ist für den Nutzer wichtig, um das Risiko einer fehlerhaften Bedienung einschätzen zu können und eventuell entsprechend der Wichtigkeit, die die angeforderte Information für ihn hat, sorgfältiger vorzugehen.

Schließlich müssen die eben herausgearbeiteten vorvertraglichen Informationen richtig und vollständig sein. Da kein Betreuungs- und Informationspersonal zur Verfügung steht, ist der Betreiber der elektronischen Datenbank auch verpflichtet, Hinweise in verständlicher Form zu vermitteln. Aufgrund der Komplexität des Anfragevorgangs sind die Forderungen nach Vollständigkeit und Verständlichkeit der Information schwer miteinander in Einklang zu bringen. Es ist dem Anbieter aber zumutbar, im Rahmen der Entwicklung des Programms für die Erbringung ortsbezogener Dienste zu berücksichtigen, dass dem Nutzer bei einer Anfrage die erforderlichen Informationen vermittelt werden. Dabei ist es freilich nicht möglich, die Verständnismöglichkeiten jedes einzelnen Nutzers, beispielsweise von Ausländern, Sehschwachen oder Kindern, vollständig zu berücksichtigen. Man wird daher nur Verständlichkeit für den durchschnittlichen Benutzer fordern können.

Da bei ortsbezogenen Dienstleistungen kein Kontrahierungszwang besteht, besteht dagegen keine Pflicht des Anbieters, elektronische Datenbanken betriebsbereit und funktionsfähig zu halten¹⁸⁸. Aus demselben Grund besteht weder eine Pflicht des Anbieters zur rechtzeitigen, d.h. innerhalb der Annahmefrist des § 147 II BGB erfolgenden, Absendung der ortsbezogenen Information noch überhaupt zur Antwort auf die Nutzeranfrage.

¹⁸⁷ Köhler, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, in: AcP 1982, S. 126(130).

¹⁸⁸ Köhler, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, in: AcP 1982, S. 126(131).

Fraglich ist, ob die herausgearbeiteten vorvertraglichen Informationspflichten von den Anbietern bei der Erbringung ihrer standortbezogenen Dienste verletzt werden.

Die Pflicht, den Nutzern mitzuteilen, welche Informationen angeboten werden, erfüllen die Anbieter bei der Erbringung ortsbezogener Dienste über WAP oder i-mode gleichsam automatisch dadurch, dass in den einzelnen WAP- bzw. i-mode Menüs mittels Stichworten aufgeführt ist, welche Dienste jeder Anbieter erbringt. Bei der Anforderung dieser Dienste über SMS sieht der Nutzer zwar nicht vor jeder Anforderung, welche Dienste zur Auswahl stehen. Er kann aber den Dienst nur mittels eines bestimmten Stichwortes anfordern. Die Liste der zur Verfügung stehenden Stichwörter wiederum kann der Nutzer über Internet abrufen oder durch eine SMS mit dem Text „?“ an die entsprechende Telefonnummer anfordern. Der Nutzer muss also zwangsläufig eine Liste mit allen möglichen Diensten, sortiert nach Stichworten, vom Anbieter abrufen, bevor er ortsbezogene Dienste über SMS nutzen kann.

Die Pflicht des Anbieters, auf Korrekturmöglichkeiten hinzuweisen, entfällt hingegen dadurch, dass der Nutzer fehlerhafte Eingaben immer dadurch korrigieren kann, dass er die Return-Taste auf seinem Mobiltelefon drückt. Diese Funktion ist jedem Mobilfunknutzer bekannt, beispielsweise durch Auflegen beim Telefonat oder Zurückgehen im Menü des Mobiltelefons, so dass es reine Förmerei wäre, die Anbieter zu verpflichten, ihre Nutzer im Hinblick auf diese Funktion zu belehren.

Da die Anbieter aufgrund des Abwicklungsmodus beim Vertrag über standortbezogene Dienste und der Verwendung einer bei allen Mobilfunknutzern als bekannt voraussetzbaren Funktion folglich Ihre vorvertraglichen Pflichten erfüllen, ohne die Nutzer darüber gesondert belehren zu müssen, entfällt auch die Verpflichtung, eventuell zu leistende Hinweise in verständlicher Form zu präsentieren. Folglich wird keine der vorvertraglichen Pflichten, die den Anbietern standortbezogener Dienste aus allgemeinen Vorschriften erwachsen, von diesen verletzt.

4.2.1.2.2 Vorvertragliche Schutzpflichten bezüglich bereits bestehender Rechte

Fraglich ist des Weiteren, welche vorvertraglichen Schutzpflichten der Anbieter bezüglich der Rechte oder Rechtspositionen erfüllen muss, die der Nutzer unabhängig von der Leistung hat. Ziel dieser Schutzpflichten ist die Erhaltung der im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen oder des Vertragschlusses bereits bestehenden Rechts- und Vermögenslage des

Nutzers¹⁸⁹. Zwar geht es hierbei um bereits außerhalb des Vertrages fixierte Interessenpositionen, die nicht nur den Leistungsschuldner, sondern sämtliche Vertragsbeteiligten treffen. Damit werden also Schutzmaßnahmen, deren Einhaltung zum großen Teil von jedem schon qua Deliktsrecht gefordert werden, in den Vertragsrahmen hineinverlegt¹⁹⁰. Bezüglich der auch durch das Deliktsrecht geschützten Rechtsgüter ist eine Verletzung durch den Anbieter im Vorfeld standortbezogener Dienstleistungen jedoch nur schwerlich vorstellbar. Denn während des gesamten vorvertraglichen Schuldverhältnisses bis hin zum Vertragschluss findet Kontakt zwischen Nutzer und Anbieter ausschließlich über das Mobiltelefon des Nutzers statt, so dass dessen durch § 823 BGB geschützte Rechtsgüter bei dieser besonderen Form der Vertragsanbahnung nicht dem Zugriff des Anbieters ausgesetzt sind. Pflichtverletzungen im vorvertraglichen Bereich finden aber typischerweise in Fällen statt, in denen der potentielle Vertragspartner sich selbst oder sein Eigentum dem Einfluss des anderen Teils aussetzt, also beispielsweise dessen Geschäftsräume betritt oder eine ihm gehörende Sache vor Vertragschluss beim anderen Teil in Obhut gibt. Da im vorvertraglichen Bereich ortsbezogener Dienstleistungen aber gerade kein entsprechender Kontakt zwischen Nutzer und Anbieter entsteht, ist eine Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten durch den Anbieter hinsichtlich der auch durch § 823 BGB geschützten Rechtsgüter nicht möglich.

Eine hiervon abweichende Beurteilung könnte sich aber hinsichtlich der nicht schon im wesentlichen deliktsrechtlich gedeckten Schutzpflichten ergeben. Hierbei ist insbesondere das Vermögen als Schutzobjekt von Interesse. Im Gegensatz zu den durch § 823 BGB geschützten Rechtsgütern ist dem Anbieter eine Einwirkung auf das Nutzervermögen möglich. Denn fordert ein Nutzer eine standortbezogene Dienstleistung über WAP an, so steigen die Gebühren, wenn der Nutzer ein Mobilfunkgerät auf GSM-Standard benutzt, mit der Länge der Übertragungszeit, die der Anbieter zur Vermittlung der gewünschten lokalen Information einschließlich der Beratungs- und Aufklärungsinformationen benötigt. Hat der Nutzer ein Mobilfunkgerät, das auf GPRS-Standard basiert, so steigen seine Kosten, je größer die Menge der übertragenen Daten ist. Hat der Nutzer den Mobilfunkstandard UMTS, so steigen die Gebühren mit der Menge der übertragenen Daten, jedoch nur, wenn eine am Datenvolumen orientierte Anrechnung erfolgt. Wird dagegen ein dienstbezogenes Entgelt

¹⁸⁹ Schmidt, Zur Ökonomie ergänzender Vertragspflichten, in: JA 1978, S. 597(604).

¹⁹⁰ Schmidt, Zur Ökonomie ergänzender Vertragspflichten, in: JA 1978, S. 597(604).

erhoben, kann der Anbieter die dem Nutzer entstehenden Kosten nicht durch Dauer oder Menge der Übertragung beeinflussen¹⁹¹. Sendet der Nutzer seine Anfrage per SMS ab, hat der Anbieter hingegen keine Einwirkungsmöglichkeit auf das Nutzervermögen, da dem Nutzer dem Anbieter gegenüber maximal die Kosten für die ortsbezogene Information und seinem Netzbetreiber gegenüber die Kosten für das Versenden der Kurznachricht entstehen. Im Rahmen einer Anfrage per WAP, bei der eine Einwirkungsmöglichkeit des Anbieters auf das Nutzervermögen besteht, könnte dieser auch eine vorvertragliche Schutzpflicht hinsichtlich des Nutzervermögens haben.

Bezüglich des Vermögens als Schutzobjekts ist jedoch zu berücksichtigen, dass es dessen Inhaber zumeist weithin selbst in der Hand hat, ob und in welchem Ausmaß er es dem Zugriff seines Vertragsverhandlungs- oder Vertragspartners eröffnet. Auch ist dasselbe infolge seiner mangelnden Konturierung und wegen der damit zusammenhängenden Unübersichtlichkeit der Vermögensdispositionen für einen Außenstehenden besonders schadensträchtig¹⁹². Deshalb sollte es vorwiegend Aufgabe des Vermögensinhabers selbst sein, für seinen Schutz zu sorgen und sein Vertragsverhandlungs- bzw. Vertragspartner nur dann daran beteiligt werden, wenn der Vermögensinhaber dem anderen Teil die Relevanz der betreffenden Position und deren Verflechtung mit seinen weiteren Interessen im konkreten Fall deutlich vor Augen geführt hat. Für diese Argumentation spricht auch § 254 II S. 1 BGB, wonach den Beschädigten ein Mitverschulden trifft, wenn er es unterlassen hat, den anderen Teil auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, den dieser weder kannte noch kennen musste.

Im Falle ortsbezogener Dienstleistungen hat der Nutzer aber nur die Wahl, ob er eine Anfrage nach einer ortsbezogenen Information absendet und dadurch dem Anbieter den Zugriff auf sein Vermögen eröffnet, oder ob er dies nicht tut. Wenn er dem Anbieter den Zugriff gewährt, so hängt es allein von diesem ab, ob er den Zeitraum bis zur Übersendung der ortsbezogenen Information und damit bis zum Vertragschluss möglichst kurz hält bzw. in diesem Zeitraum möglichst wenig Daten, beispielsweise vorvertragliche Informationen oder Werbung, überträgt, und somit die Kosten für den Nutzer möglichst niedrig hält. Da dieser Umstand auch dem Anbieter bekannt ist, und er im vorvertraglichen Bereich aus-

¹⁹¹ Zu den bei UMTS möglichen Abrechnungsmodi siehe ausführlicher unter Punkt 1.4.3.

¹⁹² Schmidt, Zur Ökonomie ergänzender Vertragspflichten, in: JA 1978, S. 597(604).

schließlich auf diesem Weg auf Vermögenswerte des Nutzer Zugriff hat, ist für ihn genau abschätzbar, in welchem Maße er das Vermögen des Nutzers beeinträchtigt. Im speziellen Fall des vorvertraglichen Schuldverhältnisses beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen greifen daher die Erwägungen, aus denen heraus eine Einschränkung der vorvertraglichen Schutzpflicht eines Teils bezüglich des Vermögens des anderen Teils in Frage käme, nicht. Der Anbieter besitzt daher eine umfassende vorvertragliche Schutzpflicht bezüglich des Nutzervermögens.

Fraglich ist, ob diese Schutzpflicht hinsichtlich des Nutzervermögens von der derzeitigen Anbietern standortbezogener Dienstleistungen verletzt wird. Die Anbieter erbringen nämlich im vorvertraglichen Bereich keinerlei weitere Information an den Nutzer, durch die dessen Kosten ansteigen würden. Vielmehr übermitteln die Anbieter erst wieder mit der Absendung der gewünschten ortsbezogenen Information Daten. Die vorvertragliche Pflicht zum Schutz des Nutzervermögens ist folglich nicht verletzt.

4.2.2 Unmöglichkeit der Leistungserbringung

Gemäß § 275 I BGB ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

Fraglich ist jedoch, ob beim Vertrag über ortsbezogene Dienste überhaupt eine Konstellation denkbar ist, in der von Seiten des Anbieters Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Kann oder will der Diensteanbieter die ortsbezogene Information, die der Nutzer anfordert, aus irgendeinem Grund nicht erbringen, so hat er auch noch keine Vertragsannahme erklärt, da er erst mit Absendung der ortsbezogenen Information seinen Annahmewillen manifestiert. Aus seiner Nichtleistung ergeben sich somit keine rechtlichen Konsequenzen.

Die einzig denkbare Konstellation, in der Unmöglichkeit von Seiten des Diensteanbieters vorliegen könnte, wäre, wenn der Vertrag über die standortbezogene Information zeitgleich mit Absendung der Information zustande gekommen ist, diese aber aufgrund von Übertragungsproblemen dem Nutzer nicht zugesandt werden kann. Dann müsste aber die Übertragung der Information Teil der vom Anbieter geschuldeten Leistung sein. Folglich müsste es sich bei der Erbringung standortbezogener Dienstleistungen um eine Bringschuld im Sinne

von § 269 BGB handeln. Nach dem Wortlaut von § 269 I BGB richtet sich dies zunächst nach der Parteivereinbarung bzw., falls keine besteht, nach den Umständen, insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses¹⁹³. Da der Nutzer seine Anfrage an eine elektronische Datenbank richtet und daher keine individuellen Parteivereinbarungen zwischen den Parteien möglich sind, muss auf die Umstände abgestellt werden.

Dafür, dass beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistung eine Bringschuld von Seiten des Anbieters besteht, könnte sprechen, dass er in einigen Fällen die Kosten der Übertragung der ortsbezogenen Information trägt. Der Anbieter trägt die Kosten jedoch nur, wenn die Nutzeranfrage über SMS erfolgt, da hier für den Nutzer nur die Kosten seiner Anfrage-SMS anfallen und der Anbieter die der Antwort-SMS trägt¹⁹⁴. Bei einer Dienstleistung über WAP zahlt hingegen der Nutzer die Kosten der Informationsübertragung, da er bei einem Mobiltelefon auf GSM-Standard die Kosten für die Dauer der WAP-Nutzung und bei einem Mobiltelefon auf GPRS- bzw. UMTS-Standard die Kosten für die übertragene Datenmenge trägt. Da deutlich mehr standortbezogene Dienste über WAP angeboten werden, kann also nicht von einer Tendenz in Richtung Übernahme der Übertragungskosten durch den Anbieter gesprochen werden. Insofern liegt kein Indiz für das Bestehen einer Bringschuld vor, die dargestellte Situation bei der Kostenübernahme für die Übertragung ortsbezogener Dienste spricht vielmehr eher für das Vorliegen einer Schickschuld, die sich von der Bringschuld dadurch unterscheidet, dass zur Leistungshandlung nicht mehr die Übermittlung bis zum Erfüllungsort selbst gehört, sondern nur das auf den Weg Bringen¹⁹⁵.

Dafür, dass eine Bringschuld des Diensteanbieters besteht, könnte aber des Weiteren sprechen, dass der Anbieter bei der Erbringung standortbezogener Dienste die Übertragung veranlasst. Andererseits ist aber eine Abholung durch den Nutzer bei dem Medium WAP bzw. SMS rein technisch nicht möglich. Dass die Übertragung vom Netzbetreiber ausgeht, ist folglich durch die Besonderheiten des Übertragungsmediums bestimmt und nicht durch die Entscheidung einer Partei oder beider Parteien getragen. Auch die Tatsache, dass der Anbieter die Übertragung der angeforderten Information veranlasst, ist daher kein Indiz für das Bestehen einer Bringschuld.

¹⁹³ Krüger, in: *MünchenerKommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 269 Rn. 9.

¹⁹⁴ Siehe dazu Punkt 1.6.6.

¹⁹⁵ Krüger, in: *MünchenerKommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 269 Rn. 7.

Vielmehr spricht die Tatsache, dass der Diensteanbieter, sofern er zugleich Netzbetreiber ist, den Dienst „Übertragung“ auch bei der Übermittlung anderer Inhalte, beispielsweise von Telefongesprächen oder anderen WAP-Inhalten, leistet, gegen das Vorliegen einer Bringschuld. Denn dadurch wird deutlich, dass die Übertragung eine von anderen Mobilfunkdienstleistungen abgetrennte Dienstleistung ist, die, falls der Diensteanbieter zugleich Netzbetreiber ist, beim Vertrag über standortbezogene Dienste zufällig derselbe Dienstleister erbringt. Da nun, wie dargestellt, aufgrund der Beschaffenheit des Übertragungsmediums Mobiltelefon die Übertragung zwangsläufig vom Diensteanbieter ausgehen muss, liegt bei standortbezogenen Dienstleistungen über Mobiltelefon eine Schickschuld im Sinne von § 269 BGB vor, so dass zur Leistungshandlung nicht mehr die Übermittlung bis zum Leistungsort selbst gehört, sondern nur das auf den Weg bringen.

Kann dem Nutzer also die angeforderte Information aufgrund von Übertragungsproblemen nicht zugesandt werden, so liegt kein Fall der Unmöglichkeit vor, da der Diensteanbieter seine vertraglich geschuldete Leistung bereits mit Absendung der ortsbezogenen Information erbracht hat. Aufgrund der Besonderheiten des Vertrages über standortbezogene Dienste per Mobiltelefon ist die Pflichtverletzung „Unmöglichkeit der Leistung“ von Seiten des Anbieters standortbezogener Dienste folglich nicht möglich.

4.2.3 Verspätete Leistungserbringung

Gemäß § 286 I BGB kommt der Anbieter einer standortbezogenen Mobilfunkdienstleistung, wenn er auf eine Mahnung des Nutzers hin, die nach Eintritt der Fälligkeit erfolgt, nicht leistet, durch diese Mahnung in Verzug.

Voraussetzung für den Verzugseintritt ist jedoch, dass der Nutzer gegen den Diensteanbieter einen vollwirksamen und fälligen Leistungsanspruch hat¹⁹⁶. Wie bei der Pflichtverletzungsart Unmöglichkeit führt daher die Tatsache, dass beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen die Annahmeerklärung des Diensteanbieters und damit der Vertragschluss zeitgleich mit der Absendung der gewünschten ortsbezogenen Information an den Nutzer erfolgt, dazu, dass ein Leistungsverzug von Seiten des Anbieters beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen nicht möglich ist. Wenn der Anbieter nämlich die angefor-

¹⁹⁶ Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 286 Rn 11.

derte Information verspätet absendet, besteht noch kein Vertrag zwischen Nutzer und Anbieter. Die Voraussetzungen des Verzugs gemäß § 286 I BGB liegen daher nicht vor. Erfolgt die Verzögerung hingegen erst nach der Absendung aufgrund von Schwierigkeiten bei der Übertragung, so hat, wie unter Punkt 4.2.2 dargestellt, der Diensteanbieter seine Leistung bereits erbracht. Auch in diesem Fall liegt somit kein Verzug nach § 286 I BGB vor.

Exkurs: Vertragsschluss bei verspäteter Annahmeerklärung

Eine verspätete Leistungserbringung ist daher nicht im Sinne eines Schuldnerverzuges, sondern lediglich im Sinne einer verspäteten Angebotsannahme gemäß § 150 I BGB möglich. Dies kann wie unter Punkt 2.1.3.4 dargestellt allenfalls dazu führen, dass der Nutzer gemäß § 146 BGB nicht mehr an sein durch die Anforderung abgegebenes Angebot gebunden ist und der Diensteanbieter durch die verspätete Information ein neues Vertragsangebot abgibt, § 150 I BGB. Das müsste aber vom Nutzer gemäß § 147 II BGB angenommen werden. Da es dem Nutzer jedoch nicht möglich ist, dem Anbieter gegenüber Willenserklärungen abweichend von den durch die Programmierung des Anbieters vorgegebenen Anfragebegriffen abzugeben, kann er allenfalls eine neue Anfrage gleichen Inhalts absenden, nicht aber die Annahme des durch die verspätete Information gemachten neuen Vertragsangebots erklären.

Möglicherweise könnte der Nutzer das neue Angebot aber konkludent annehmen. Eine konkludente Vertragsannahme kann durch schlüssiges Verhalten, etwa durch Entgegennahme der angebotenen Leistung, erfolgen¹⁹⁷. Ein derartiges Verhalten könnte in der Verwertung der verspäteten Information durch den Nutzer liegen.

Da es für den Anbieter aber nicht erkennbar ist, ob der Nutzer die verspätet erbrachte Leistung verwertet oder nicht, müsste es sich zugleich um eine nicht empfangsbedürftige Annahmeerklärung des Nutzers nach § 151 BGB handeln, damit ein Vertrag zwischen Nutzer und Anbieter zustande kommt. Der Zugang der Annahmeerklärung ist nach § 151 S. 1 BGB jedoch nur dann entbehrlich, wenn eine Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder wenn der Antragende auf sie verzichtet hat.

Eine Verzichtserklärung von Seiten des Nutzers liegt in diesen Fällen nicht vor. Ebenso wenig liegt ein Fall vor, in dem eine Annahmeerklärung des Nutzers nach der Verkehrssitte

¹⁹⁷ BGH NJW 1963, S. 1248(1248).

nicht zu erwarten ist. Eine Verkehrssitte gemäß § 151 S. 1 BGB besteht, wenn bei einem Geschäft dieser Art unter vergleichbaren Umständen üblicherweise auf eine Annahmeerklärung gerade dem Antragenden gegenüber verzichtet wird¹⁹⁸. Dies ist beispielsweise bei kurzfristigen Rechtsgeschäften oder besonders eiligen Rechtsgeschäften regelmäßig der Fall, da hier das Hauptinteresse des Offerenten üblicherweise im sofortigen Vollzug des Vertrages liegt¹⁹⁹. Zwar handelt es sich bei ortsbezogenen Diensten um Dienstleistungen, die ihrer Art nach kurzfristig angefordert werden, wenn das konkrete Informationsbedürfnis bereits besteht, und die daher vom Nutzer typischerweise zeitnah benötigt werden. Wird die angeforderte Information vom Anbieter aber zu spät erbracht, so ist gerade dadurch der Charakter eines kurzfristigen Rechtsgeschäfts gestört, denn es kann nicht mehr ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Nutzer die Dienstleistung noch benötigt, da er die benötigte Information bereits auf anderem Wege erhalten haben kann oder sie ihm möglicherweise nichts mehr nützt, weil er mittlerweile seinen Standort gewechselt hat.

Wird die standortbezogene Dienstleistung zu spät erbracht, so ist das dadurch vom Anbieter gemachte neue Vertragsangebot folglich gerade kein Fall, in dem eine Annahme durch den Nutzer nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Eine verspätet erbrachte ortsbezogene Dienstleistung kann daher nicht mehr zu einem Vertragsschluss zwischen Nutzer und Anbieter führen²⁰⁰.

4.2.4 Schlechtleistung und Verletzung vertraglicher Nebenpflichten

Mit Absendung der gewünschten standortbezogenen Information durch den Anbieter entsteht zwischen Nutzer und Anbieter ein vertragliches Schuldverhältnis gemäß § 311 I BGB. Für die Parteien ergeben sich daher Pflichten aus diesem Schuldverhältnis gemäß § 241 BGB.

¹⁹⁸ Bork, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 151 Rn. 6.

¹⁹⁹ Kramer, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 151 Rn. 54.

²⁰⁰ Der Anbieter hat die verspätet erbrachte ortsbezogene Dienstleistung daher rechtsgrundlos erbracht. Zu einem möglichen Herausgabeanspruch des Anbieters nach § 812 I S. 1, 1. Alt. BGB bzw. zu einem Anspruch auf Wertersatz nach § 818 II BGB wird auf die Ausführungen unter Punkt 3.4.1 der vorliegenden Arbeit verwiesen.

4.2.4.1 Schlechtleistung

Dies ist für den Anbieter zum einen die Pflicht zur Erbringung der Hauptleistung gemäß § 241 I BGB. Hauptleistungspflichtverletzungen wie eine Zu-Spät-Leistung oder eine Nichtleistung sind beim Vertrag über ortsbezogene Dienste nicht möglich²⁰¹. Der Anbieter hat aber nicht nur die Pflicht, die geschuldete Leistung rechtzeitig, bzw. überhaupt zu erbringen.

Vielmehr kommen noch weitere Pflichten in Bezug auf die Hauptleistung in Betracht, die dem Anbieter obliegen und deren Verletzung zur Schlechterfüllung von Seiten des Anbieters führt. Denn gemäß dem die Art und Weise der Leistungserbringung als Generalnorm regelnden § 242 BGB hat der Vertragsschuldner seine Leistung so zu bewirken, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Die die Art und Weise der Leistungserbringung im Einzelnen regelnden §§ 243 bis 273 BGB sind hingegen nicht zur näheren Bestimmung der Art und Weise der Hauptleistung beim Vertrag über ortsbezogene Dienstleistungen geeignet. Insbesondere § 243 I BGB scheidet schon dem Wortlaut nach aus, da er sich nur auf Sachleistungen bezieht.

Der Diensteanbieter hat nach § 242 BGB die Pflicht zu einem leistungs- und zweckgerechtem Verhalten bei der Erbringung der geschuldeten Leistung²⁰². Erforderlich ist also, dass der ortsbezogene Dienst so beschaffen ist, dass der Vertragszweck damit erreicht werden kann, d.h. dass der verständige durchschnittliche Nutzer dadurch an sein Ziel gelangt. Mit Hilfe des standortbezogenen Mobildienstes an sein Ziel gelangen kann ein Nutzer nur, wenn der Anbieter ihm eine vollständige, richtige und verständliche Information zusendet. Dabei ist es dem Anbieter zwar nicht zumutbar, auf die Verständnismöglichkeit jedes einzelnen Nutzers, also beispielsweise Kindern, Ausländern oder Sehschwachen, Rücksicht zu nehmen. Er muss diese Pflichten aber im Hinblick auf die Verständnismöglichkeit eines durchschnittlichen, verständigen Nutzers erfüllen.

Fraglich ist, ob im Hinblick auf die Erfüllung dieser Pflichten bei der Erbringung der Hauptleistung durch den Anbieter hinsichtlich aller derzeit angebotenen ortsbezogenen

²⁰¹ Hierzu unter Punkt 4.2.2 und Punkt 4.2.3.

²⁰² Roth, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 242 Rn. 157.

Dienste ein einheitliches Anforderungsprofil für die Anbieterleistung festgelegt werden kann.

Geht es dem Nutzer lediglich darum, die Verkehrssituation in der Umgebung zu erfragen oder sein Mobilfunkgerät als mobiles Navigationssystem zu nutzen, so reicht, je nachdem ob sich der Nutzer innerhalb einer Stadt oder auf dem Land befindet, ein Stadtplan- oder Landkartenausschnitt, mittels dessen sich der Nutzer in seiner Umgebung so orientieren kann, dass er auf der Karte gekennzeichnete Brennpunkte umgehen oder das gewünschte Fahrtziel erreichen kann. Die gleiche Funktion kann ein den benötigten Weg hinreichend beschreibender Text haben. Ein Kartenausschnitt reicht ebenfalls aus, wenn der Nutzer Einrichtungen wie den nächsten Bankautomat, die günstigste Tankstelle, die nächste Postfiliale, ein Café oder ein bestimmtes Geschäft in seiner Umgebung benötigt, allerdings muss dann, beispielsweise durch eine Markierung auf dem Plan, gekennzeichnet sein, wo sich die entsprechende Einrichtung befindet. Auch in diesem Fall kann der Nutzer ebenso mittels einer Textbeschreibung zu seinem Ziel geführt werden.

Möchte der Nutzer hingegen ein nahegelegenes Restaurant besuchen oder ein Hotel in der Nähe seines Standortes buchen, so muss ihm zusätzlich zu der Wegbeschreibung eine Information geliefert werden, die es ihm ermöglicht, das Restaurant oder Hotel zu kontaktieren um eine Reservierung bzw. Buchung vornehmen zu können. Diese zusätzliche Information ist erforderlich, weil bei Dienstleistern wie einem Hotel oder Restaurant der Nutzer üblicherweise ein Interesse daran hat, vorher zu reservieren bzw. zu buchen. Bei Restaurants ist dies zwar nicht grundsätzlich üblich, es ist jedoch anzunehmen, dass wenn ein Nutzer extra per standortbezogener Dienstleistung ein bestimmtes Restaurant sucht, er dann auch ein Interesse daran hat sicherzustellen, dass er dort essen kann. So verhält es sich auch, wenn der Nutzer einen Arzt, ein Krankenhaus oder eine Apotheke in der Nähe aufsuchen möchte, da es hier ebenfalls geboten ist, zuvor einen Termin zu vereinbaren oder sich zumindest davon zu überzeugen, dass die Praxis bzw. die Apotheke geöffnet ist.

Möchte der Nutzer eine Veranstaltung vor Ort, beispielsweise eine Vorstellung in einem nahegelegenen Kino oder Theater, besuchen, so ist ihm ebenfalls neben einer Wegbeschreibung von seinem derzeitigen Standort aus eine Kontaktierungsmöglichkeit zu eröffnen, wobei sich wiederum anbietet, dem Nutzer die Telefonnummer eines dazugehörigen Ticket-Services mitzuschicken. Auch wenn der Nutzer ein Taxi per ortsbezogenem Dienst sucht, ist es sinnvoll, ihm alternativ zum nächsten Taxistand die Nummer eines örtlichen Taxirufs mitzuteilen, falls dort gerade kein Taxi ist, oder der Nutzer es vorzieht an seinem konkreten Standort abgeholt zu werden.

Geht es schließlich dem Nutzer darum, eine bestimmte Person zu orten, so kann dieser Vertragszweck ebenfalls nur erreicht werden, wenn er eine Karte, auf der deren Standort eingezeichnet ist, oder eine Wegbeschreibung hin zu der gesuchten Person erhält. Zusätzlich kann auch die Möglichkeiten geboten werden, mit dieser Person Kontakt aufzunehmen, um vielleicht einen Treffpunkt vereinbaren zu können.

Zusammenfassend kann folglich festgestellt werden, dass zur Erbringung eines ortsbezogenen Dienstes in der derzeit angebotenen Form mindestens eine Wegbeschreibung mittels Karte oder Text erforderlich ist. Hinzu kommt bei einigen Diensten, dass der Anbieter dem Nutzer die Möglichkeit bieten muss, mit der gewünschten Einrichtung Kontakt aufzunehmen. Fehlen Teile der genannten Informationen oder sind sie falsch, so genügt der Dienst nicht den Anforderungen einer standortbezogenen Dienstleistung.

Diese Anforderungen werden von den einzelnen Diensteanbietern derzeit aber nur teilweise erfüllt. So bieten beispielsweise Vodafone und T-Mobile keine Wegbeschreibung zu der gesuchten Einrichtung an, sondern übersenden lediglich deren Adresse und die Entfernung zum Nutzerstandort. O₂ und Jamba bieten zwar die Möglichkeit, den Weg mittels Routenplaner zu finden, die gezeigten Kartenausschnitte sind jedoch ungenaue Schwarzweiß-Karten, auf denen kaum zu erkennen ist, wo man sich gerade befindet²⁰³. Folglich liegt Schlechterfüllung dieser Anbieter hinsichtlich der Hauptpflicht vor.

4.2.4.2 Leistungsbezogene Nebenpflichten

Aus dem vertraglichen Schuldverhältnis hat der Anbieter neben der Pflicht zur Erbringung der Hauptleistung nach § 241 I BGB die Pflicht zur Erfüllung der leistungsbezogenen Nebenpflichten, die der Vorbereitung, Durchführung und Sicherung der Hauptleistung dienen²⁰⁴. Beim Vertrag über ortsbezogene Dienstleistungen könnten dies auf Anbieterseite vor allem vertragliche Informations- und Aufklärungspflichten sein, die der Anbieter zusätzlich zur angeforderten Information liefern muss, um die Möglichkeit der vertragsgemäßen Nutzung durch den anderen Teil sicherzustellen oder um gesetzlich vorgeschriebene

²⁰³ Hornig, Mobile City Guides, www.connect.de/d/35121.

²⁰⁴ Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 241 Rn. 5.

Pflichten zu erfüllen. Da es sich bei der Hauptleistung des Anbieters um eine Information, also einen nicht körperlichen Gegenstand handelt, können dagegen sonstige leistungsbezogenen Nebenpflichten wie ordnungsgemäße Verpackung oder ordnungsgemäßer Transport keine Rolle spielen. Allenfalls käme eine Pflicht zur rechtzeitigen Absendung der Information in Betracht. Da der Anbieter aber erst mit Absendung der Information konkludent die Vertragsannahme erklärt, ist das rechtzeitige Absenden der Information keine vertragliche, sondern allenfalls eine vorvertragliche Pflicht, da die Vertragsannahme zumindest eine logische Sekunde vor der Absendung der standortbezogenen Information erfolgen muss. Um eine vorvertragliche Pflicht handelt es sich aber, wie unter Punkt 4.2.1 dargestellt, nicht.

4.2.4.2.1 Informationspflichten nach §§ 6, 7 TDG

Fraglich ist daher zunächst, ob Gesetzesnormen bestehen, aufgrund derer ein Anbieter standortbezogener Dienste leistungsbezogene Informations- und Aufklärungspflichten gegenüber seinem Vertragspartner hat.

Eine Reihe von Informationspflichten könnte sich für den Anbieter ortsbezogener Dienste aus §§ 6, 7 TDG ergeben. Zwar ist die Übermittlung standortbezogener Dienste per Mobiltelefon ein elektronischer Informationsdienst im Sinne von § 2 I TDG²⁰⁵, gemäß § 2 IV Nr. 1 TDG gilt das Teledienstegesetz aber nicht für Telekommunikationsdienstleistungen und das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten nach § 3 des Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996.

Telekommunikationsdienstleistungen sind gemäß § 3 Nr. 18 TKG das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte. Bei standortbezogenen Dienstleistungen über Mobiltelefone handelt es sich um Telekommunikation, § 3 Nr. 16 TKG²⁰⁶. Fraglich ist, ob es sich bei standortbezogenen Dienstleistungen über Mobiltelefon um das gewerbliche Angebot derselben handelt. Eine gewerbliche Erbringung liegt dann vor, wenn das Angebot auf Dauer angelegt und Gewinnerzielungsabsicht vorhanden ist²⁰⁷. Die Erbringung ortsbezogener Dienste ist von den einzelnen Diensteanbietern auf Dauer angelegt und eine Gewinnerzielungsabsicht liegt zumindest bei

²⁰⁵ Hierzu ausführlicher unter Punkt 2.1.3.1.1

²⁰⁶ Hierzu ebenfalls ausführlicher unter Punkt 2.1.3.1.1.

²⁰⁷ Lünenburger, in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, § 3 Rn. 63.

den Anbietern vor, die ihre Dienste gegen Entgelt erbringen. Netzbetreiber, die ihre Dienste kostenlos erbringen, könnten insofern Gewinnerzielungsabsicht haben, als sie durch das Anbieten kostenloser ortsbezogener Dienste die Nutzung des WAP steigern und dadurch höhere Gewinne erzielen wollen.

Auch wenn man dies ablehnt, so liegt zumindest in jeglichem Angebot ortsbezogener Dienste ein geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten im Sinne von § 2 IV Nr. 1 TDG. Denn das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten ist das nachhaltige Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht, § 3 Nr. 5 TKG. Anders als bei Telekommunikationsdienstleistungen geht es bei Telekommunikationsdiensten nicht zwingend um ein gewerbliches Angebot. Für eine geschäftsmäßige Tätigkeit genügt es, dass die Tätigkeit eine gewisse Häufigkeit aufweist. Aus dem Erfordernis eines „nachhaltigen Angebots“ folgt daneben, dass diese Tätigkeit auf eine gewisse Dauer angelegt sein muss²⁰⁸. Auch die Anbieter, die standortbezogene Dienste erbringen, ohne eine gesonderte Gebühr dafür zu erheben, erbringen diese mit einer gewissen Häufigkeit und haben ihre Tätigkeit auf gewisse Dauer angelegt. Folglich gilt das Teledienstegesetz gemäß § 2 IV Nr. 1 TDG nicht für standortbezogene Dienstleistungen. Aus den §§ 6, 7 TDG ergeben sich daher keine Informationspflichten für die Anbieter ortsbezogener Dienste.

4.2.4.2.2 Informationspflichten nach dem Vertragszweck

Leistungsbezogene Aufklärungs- und Informationspflichten könnten sich aber für den Anbieter ortsbezogener Dienstleistungen auch aus dem Vertragszweck ergeben.

Vertragliche Aufklärungspflichten könnten sich insbesondere ergeben, wenn für den Nutzer bei der Verwendung ortsbezogener Dienste typischerweise bestimmte Risiken entstünden, die dem Anbieter bekannt sind. Denn dann hätte der Anbieter die Pflicht, den Nutzer bezüglich dieser Risiken aufzuklären²⁰⁹. Eine derartige Aufklärungspflicht besteht beispielsweise für den Verkäufer eines Produktes, das aufgrund einer bestimmten Eigenschaft für jeden Käufer ein gewisses Risiko birgt. Es ist aber nicht ersichtlich, dass mit der Inan-

²⁰⁸ Lünenburger, in: *Scheurle/Mayen*, Telekommunikationsgesetz, § 3 Rn. 18.

²⁰⁹ BGHZ 88, S. (130)135.

spruchnahme einer standortbezogenen Dienstleistung regelmäßig ein bestimmtes Risiko für den Nutzer einher geht.

Beratungspflichten für eine Vertragspartei ergeben sich nach der Rechtsprechung typischerweise in Fällen, in denen eine weitergehende Information aufgrund der Beschaffenheit des Produkts nötig ist²¹⁰ oder das Produkt anhand persönlicher Daten auf die Bedürfnisse des einzelnen Kunden ausgerichtet wurde²¹¹. Ortsbezogene Informationen bedürfen aber ihrer Natur nach keiner weiteren Betreuung, da sie regelmäßig nur zur einmaligen Verwendung und nicht zum längeren Gebrauch gedacht sind. Außerdem berücksichtigen sie die Bedürfnisse des einzelnen Nutzers zwar insoweit, als sie auf dessen Standort ausgerichtet sind, darüber hinaus sind sie aber nicht personalisiert, da jeder Nutzer an einem bestimmten Standort die gleiche Information erhalten würde. Besonderheiten, die in der Person des Nutzers liegen und eine über den Standort hinausgehende individualisierte Behandlung erfordern würden, können, da vorgegebene Anfragen an eine automatisierte Datei gerichtet werden und somit zwischen Nutzer und Anbieter keine auf persönliche Besonderheiten abgestimmten Änderungen möglich sind, nicht vom Anbieter berücksichtigt werden. Verträge über ortsbezogene Dienstleistungen sind folglich keine Schuldverhältnisse, aus deren Natur sich besondere vertragliche Beratungspflichten für Anbieter standortbezogener Dienstleistungen ergeben. Auch aus dem Vertragszweck ergeben sich daher keine leistungsbezogenen Aufklärungs- oder Informationspflichten für die Anbieter standortbezogener Dienstleistungen.

4.2.4.3 Nichtleistungsbezogene Nebenpflichten

Neben der Hauptleistungspflicht und den leistungsbezogenen Nebenpflichten hat der Anbieter ortsbezogener Dienstleistungen aus dem vertraglichen Schuldverhältnis schließlich auch nichtleistungsbezogene Nebenpflichten aus § 241 II BGB. Nichtleistungsbezogene Nebenpflichten gemäß § 241 II BGB im Vertragsverhältnis sind Schutzpflichten bezüglich der Rechte und Rechtsgüter des anderen Teils, die dieser unabhängig von der Leistung hat²¹².

²¹⁰ BGH NJW 1984, S. 2938(2938).

²¹¹ BGH NJW 1998, S. 1221(1222).

²¹² Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, in: NJW 2002, S. 1(6).

Bezüglich der bereits durch § 823 BGB geschützten Rechtsgüter ist die Möglichkeit einer Pflichtverletzung nicht gegeben, da der Anbieter bei der Abwicklung des Vertrages über Mobiltelefon mittels vorgegebener Anfragebegriffe, die durch eine automatisierte Datenbank bearbeitet werden, ebenso wie im Rahmen der Vertragsanbahnung keine Einwirkungsmöglichkeit auf die durch § 823 BGB geschützten Rechtsgüter hat²¹³.

Es ist jedoch fraglich, ob der Anbieter bezüglich des Nutzervermögens als eines nicht durch § 823 BGB geschützten Rechtsguts im vertraglichen Bereich ebenso wie im vorvertraglichen Bereich eine umfassende Schutzpflicht dahingehend hat, die Kosten für den Nutzer in zeitlicher Hinsicht und hinsichtlich der übertragenen Datenmenge möglichst gering zu halten. Zwar besteht beim vertraglichen Schuldverhältnis insofern dieselbe Interessenlage wie beim vorvertraglichen Schuldverhältnis, als auch hier der Anbieter bei einer Nutzeranfrage per WAP die Möglichkeit hat, auf das Nutzervermögen durch die übertragene Datenmenge oder die für die Übertragung benötigte Zeit Einfluss zu nehmen. Diese Eingriffsmöglichkeit ist dem Anbieter auch klar erkennbar.

Im Unterschied zum vorvertraglichen Bereich kann der Nutzer aber hier den Einfluss des Anbieters beschränken, da er ja die gewünschte ortsbezogene Information bereits kurz nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses, der mit Absendung der vom Nutzer gewünschten Information erfolgt, erhalten hat, und somit die Verbindung zum mobilen Internet trennen kann, so dass keine weiteren Kosten für ihn entstehen. Es liegt folglich in seiner Hand, ob er eventuelle Zusatzinformationen, die der Anbieter freiwillig erbringt oder zu denen er verpflichtet ist, noch abwartet und dafür mehr Mobilfunkgebühren entrichten will oder nicht. Daher liegt es im vertraglichen Bereich im Gegensatz zum vorvertraglichen Bereich im Einflussbereich des Nutzers, inwieweit er sein Vermögen dem Zugriff des Anbieters öffnet. Es ist somit auch seine Aufgabe, für den Schutz seines Vermögens zu sorgen. Den Anbieter trifft daher im vertraglichen Bereich keine umfassende Schutzpflicht bezüglich des Nutzervermögens.

Es bestehen für den Anbieter folglich keine nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten gemäß § 241 II BGB, die er bei der Erbringung seiner Leistung zu erfüllen hat.

²¹³ Hierzu wird auf die Argumente verwiesen, die für diese Ansicht im Bereich vorvertraglicher Pflichten unter Punkt 4.2.1.2.2 dargestellt wurden und die ebenso für vertragliche Pflichten gelten.

4.2.5 Zusammenfassung

Die Anbieter ortsbezogener Dienstleistungen verletzen im Rahmen der Erbringung ortsbezogener Dienste derzeit keine ihnen im vorvertraglichen Bereich obliegenden Pflichten. Ebenso wenig verletzen sie vertragliche Nebenpflichten. Im Bezug auf die Hauptpflicht der einzelnen Anbieter liegt jedoch Schlechterfüllung vor, da diese die angeforderten Informationen teils unvollständig, weil ohne Wegbeschreibung, und teils unverständlich, weil mit unbrauchbarem Kartenmaterial, erbringen.

4.3 Rechtsfolgen

Im Folgenden soll untersucht werden, welche Rechtsfolgen sich aus der Schlechtleistung der einzelnen Anbieter ergeben können.

Liegt eine Schlechterfüllung vor, so kann der Nutzer, dem gegenüber die Pflichtverletzung stattgefunden hat, unterschiedliche Ziele verfolgen.

Zum einen kann er trotz Pflichtverletzung ein Interesse an der Erfüllung haben. Standortbezogene Dienstleistungen über Mobiltelefon sind zwar ihrer Natur nach darauf ausgerichtet, dem sich fortbewegenden Nutzer an seinem momentanen Standort weiterzuhelfen und werden daher regelmäßig nur über einen kurzen Zeitraum hinweg benötigt. Es ist aber durchaus möglich, dass der Nutzer im Einzelfall weiterhin Interesse an der angeforderten Information hat, nämlich dann, wenn er sich noch an dem Standort befindet, an dem er die Anfrage getätigt hat.

In den Fällen, in denen das Ziel des Nutzers trotz Pflichtverletzung des Anbieters der Erhalt der standortbezogenen Dienstleistung ist, kann er neben dem Erfüllungsanspruch den Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens geltend machen, den er durch die Pflichtverletzung erlitten hat und der die Leistung des Schuldners nicht erübrigt.

Zum anderen ist aber auch denkbar, dass der Nutzer wegen der Pflichtverletzung des Anbieters nicht mehr daran interessiert ist, von diesem die Leistung zu erhalten, beispielsweise weil er inzwischen seinen Standort gewechselt hat. In diesen Fällen könnte er Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen geltend machen oder vom Vertrag zurücktreten.

Entsprechend dieser Möglichkeiten, die sich dem Nutzer im Falle einer Schlechtleistung durch den Anbieter bieten, wird zuerst das Schicksal des Erfüllungsanspruchs erörtert (Punkt 4.3.1), bevor die Schadensersatzansprüche des Nutzers (Punkt 4.3.2) sowie seine Rücktrittsrechte (Punkt 4.3.3) geprüft werden. Schließlich wird das Verhältnis dieser beiden Rechtsfolgen zueinander (Punkt 4.3.4) untersucht.

4.3.1 Schicksal des Erfüllungsanspruchs

In Fällen der Schlechterfüllung bestimmt sich das Erlöschen des Leistungsanspruchs nach den Regeln, die für die nicht wie geschuldet erbrachte Leistung gelten. Die maßgebliche Vorschrift für den Fall, dass der Nutzer Schadensersatz begehrt, ist daher § 281 IV BGB²¹⁴. Bei jeder Schlechterfüllung kann der Nutzer durch Fristsetzung im Sinne von § 281 I S. 1 BGB den Übergang vom Erfüllungsanspruch zum Anspruch auf Ersatz seines Erfüllungsschadens vorbereiten.

4.3.1.1 Fälligkeit ortsbezogener Dienstleistungen

Voraussetzung für die Fristsetzung ist jedoch nach § 281 I S. 1 BGB, dass die Leistung fällig ist. Gemäß § 271 I BGB ist die Leistung sofort fällig, wenn eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist. Mangels individueller Kommunikation zwischen den Parteien bei Abschluss eines Vertrages über ortsbezogene Dienste besteht für die Parteien keine Möglichkeit, die Leistungszeit individuell zu vereinbaren. Es bestehen auch keine gesetzlichen Leistungszeitbestimmungen, die festlegen, wann bei einem Dienstvertrag oder Auftrag die vertragscharakterisierende Leistung zu erfolgen hat. Die Leistungszeit könnte sich aber aus den Umständen ergeben. Hierbei ist ebenso wie bei § 269 I BGB auf die Natur des Schuldverhältnisses, die Verkehrssitte und die Beschaffenheit der Leistung abzustellen. Aus der Natur des Vertrages über standortbezogene Dienstleistungen ergibt sich, dass die ortsbezogene Information typischerweise zeitnah zu erbringen ist, da Zweck dieser Dienste ist, dem mobilen Nutzer eine auf seinen momentanen

²¹⁴ *Schultz*, Leistungsstörungenrecht, in: Westermann (Hrsg.), Das Schuldrecht 2002, S. 17(59).

Standort zugeschnittene Ortsinformation zu geben. Überdies besteht beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienstleistungen die Besonderheit, dass die Leistung des Anbieters zeitgleich mit seiner konkludenten Vertragsannahmeerklärung erfolgt. Daraus lässt sich ableiten, dass die Leistung des Anbieters beim Vertrag über ortsbezogene Dienste gemäß § 271 I BGB sofort fällig ist. Liegt eine Schlechterfüllung des Anbieters vor, kann der Nutzer daher sofort eine Frist gemäß § 281 I S. 1 BGB setzen.

4.3.1.2 Fristsetzung nach § 281 II BGB

Im Rahmen des Vertrages über ortsbezogene Dienstleistungen könnte sich die Fristsetzung nach § 281 I BGB jedoch schwierig gestalten, da diese Vertragsart ihrer Zielsetzung nach auf die Mobilität der Nutzer abgestimmt ist und folglich einer raschen Abwicklung bedarf. Es bedeutet daher einen an der Kurzlebigkeit dieser besonderen Vertragsart gemessenen großen Zeitaufwand für den Nutzer als Gläubiger, dem Anbieter eine Frist zu setzen.

Die Fristsetzung könnte aber entbehrlich gemäß § 281 II BGB sein. Nach § 281 II 1. Alt BGB ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Diensteanbieter die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Dieser Fall kann beim Vertrag über standortbezogene Dienste jedoch nicht eintreten, da der Vertragschluss erst mit Absendung der angeforderten Information durch den Diensteanbieter erfolgt. Folglich hat der Anbieter mit der Vertragsannahme die geschuldete Leistung bereits erbracht, wenn auch nicht wie geschuldet. Damit hat er aber deutlich gemacht, dass er grundsätzlich zur Erfüllung bereit ist. Eine Erfüllungsverweigerung ist daher bereits begrifflich nicht mehr möglich.

Im Falle ortsbezogener Mobilfunkdienste könnte aber eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung aufgrund Interessenabwägung nach § 281 II 2. Alt BGB in Betracht kommen. Danach ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen.

Als Beispiel werden in der Begründung zum Regierungsentwurf zur Schuldrechtsreform die Just-in-time-Verträge genannt, bei denen der Schuldner den Gläubiger zu einer bestimmten Zeit beliefern muss, um dessen Produktion in Gang zu halten. Bleibt hier die

Leistung aus, muss der Gläubiger sofort Ersatz beschaffen können, weil sein Schaden sonst viel größer wird²¹⁵. Überdies macht in diesem Fall auch das Schuldnerinteresse die Fristsetzung entbehrlich, da der Schuldner den Verzögerungsschaden des Gläubigers nach §§ 280 I, II, 286 BGB zu ersetzen hätte. Eine dieser Konstellation entsprechende Interessenlage liegt aber beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen nicht vor. Denn die Leistung des Anbieters ist zwar aufgrund der Besonderheiten des Vertrages über standortbezogene Mobilfunkdienste zeitnah zu erbringen, für den Nutzer droht aber im Fall der Schlechtleistung nicht zwangsläufig und für den Anbieter erkennbar die unmittelbare Entstehung eines Schadens, wie es bei Just-in-time-Verträgen der Fall ist.

Ein Interessenfortfall kann aber auch in Fällen vorliegen, in denen der Schuldner nach wie vor an der Leistung interessiert ist, aber die entgegenstehenden Interessen des Gläubigers überwiegen, beispielsweise bei Lieferung von Saisonware nach der Saison²¹⁶. Voraussetzung ist jedoch, dass die Gründe für den Interessenfortfall gerade auf der Verzögerung der Leistung beruhen. Standortbezogene Mobilfunkdienste sind zugeschnitten auf ein mobiles Individuum, das auf seinen momentanen Standort abgestimmte Information bekommen soll. Wesentlicher Faktor dieser Dienste ist folglich auch die zeitnahe Erbringung, da andernfalls der Nutzer seinen Standort bereits wieder verändert hat, wodurch Kartenausschnitte oder Wegbeschreibungen, die sich auf seinen alten Standort beziehen, für ihn wertlos geworden ist. Die Verzögerung, die durch eine Schlechtleistung von Seiten des Anbieters entsteht, führt folglich typischerweise zu einem Interessenfortfall beim Nutzer. Die Fristsetzung ist daher entbehrlich nach § 281 II 2. Alt BGB.

Der Nutzer, demgegenüber eine Schlechtleistung vorliegt, kann daher beim Vertrag über standortbezogene Dienste unmittelbar nach der Schlechtleistung bzw. sobald ihm die dafür erforderlichen Daten vorliegen unter den Voraussetzungen des § 280 I BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen und so den Erfüllungsanspruch zum Erlöschen bringen.

²¹⁵ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 140, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>

²¹⁶ Faust, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 3 Rn. 143.

4.3.1.3 Rechte des Anbieters vor Erlöschen des Leistungsanspruchs

Fraglich ist nun, welche Rechte der Anbieter als Schuldner der ortsbezogenen Dienstleistung vor Erlöschen des Leistungsanspruchs des Nutzers gemäß § 281 IV BGB hat, insbesondere in dem Zeitraum zwischen der Schlechterfüllung der Leistung und dem Zugang der Erklärung des Nutzers, er verlange nunmehr Schadensersatz statt der Leistung. Der Anbieter, der die geforderte Information vielleicht vollständig und dem durchschnittlichen Nutzer verständlich in seiner Datei hat oder aus sonstigen Gründen nach seiner ursprünglichen Schlechtleistung nunmehr ordnungsgemäß leisten kann, hat ein Interesse daran, Schadensersatzansprüche zu vermeiden. Fraglich ist daher, ob der Anbieter als Schuldner die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung verhindern kann, indem er seine Leistung erneut und diesmal ordnungsgemäß erbringt.

Nach Ansicht von *Gsell* besteht diese Möglichkeit für den Schuldner jedoch ab dem Zeitpunkt nicht mehr, ab dem das Recht des Gläubigers entsteht, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen, da dies wiederum bedeute, dass der Gläubiger nun gerade nicht mehr gezwungen sei, die Primärleistung zu akzeptieren²¹⁷. Dieser Argumentation ist jedoch entgegenzuhalten, dass § 281 BGB dem Gläubiger lediglich eine neue Handlungsmöglichkeit dahingehend eröffnet, dass er durch das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung seinen Leistungsanspruch zum Erlöschen bringen kann. Solange aber der Schuldner damit rechnen muss, die geschuldete Leistung teilweise oder zur Gänze noch einmal und diesmal ordnungsgemäß erbringen zu müssen, weil der Gläubiger dies so lange von ihm verlangen kann, bis er selbst den Leistungsanspruch durch das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung zum Erlöschen bringt, erscheint es durchaus angemessen, wenn der Schuldner auch die Möglichkeit hat, die Leistung von sich aus zu erbringen und so das für ihn eventuell ungünstigere Schadensersatzverlangen abzuwenden. Für diese Ansicht spricht auch § 281 IV BGB, da dieser tatbestandlich voraussetzt, dass in dem Zeitpunkt, in dem der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung verlangt, eine Leistungsabweichung vorliegt²¹⁸. Wenn aber der Anbieter die Leistung in der Zwischenzeit ordnungsgemäß erbracht hat, ist das gerade nicht der Fall. Dagegen spricht auch nicht, dass der Schuldner, folgt man dieser Auffassung, nach seiner Schlechtleistung unter Umständen im Unklaren darüber ist, was

²¹⁷ *Gsell*, Der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht, in: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, S. 105(115).

²¹⁸ *Schultz*, Leistungsstörungenrecht, in: Westermann (Hrsg.), Das Schuldrecht 2002, S. 17(51).

der Gläubiger letztendlich von ihm erwartet²¹⁹. Denn diese Unsicherheit kann er jederzeit dadurch beseitigen, dass er den Primäranspruch erfüllt²²⁰. Auch für den Gläubiger bedeutet dies keine unzumutbare Benachteiligung, da er einen ihm durch die Schlechtleistung eventuell entstehenden, über das Leistungsinteresse hinausgehenden Schaden gemäß § 280 I BGB geltend machen kann, auch wenn er verpflichtet ist, die Primärleistung des Schuldners anzunehmen²²¹.

Es liegt folglich bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung verlangt, in der Hand des Anbieters, die Auswahl, die der Nutzer nach erfolglosem Fristablauf zwischen Erfüllung und Schadensersatz treffen kann, wieder zu begrenzen, indem er die ursprünglich geschuldete Leistung erbringt²²².

Die Erklärung des Nutzers, Schadensersatz statt der Leistung zu wollen, ist eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung, auf die die Vorschriften über Rechtsgeschäft und Willenserklärung entsprechend anwendbar sind²²³. Für den Zugang der Erklärung beim Anbieter gelten daher die Ausführungen, die unter Punkt 3.3 gemacht wurden.

4.3.2 Schadensersatzansprüche des Nutzers

Liegt eine Schlechtleistung von Seiten des Anbieters vor, folgt der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung den Regeln des § 281 BGB und der Anspruch des Nutzers auf Ersatz sonstiger Schäden der Vorschrift des § 280 I BGB.

In den Fällen, in denen der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung fordern könnte, hat er nach § 284 BGB die Möglichkeit, anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung Ersatz

²¹⁹ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 141, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>.

²²⁰ *Canaris*, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: ZRP 2001, S. 329(334), allerdings bezieht er seine Argumentation hier auf den von ihm favorisierten Gesetzesvorschlag, den Anspruch auf die Leistung erst dann auszuschließen, wenn der Schadensersatzanspruch statt der Leistung rechtshängig geworden ist, sachlich ist dieses Argument aber auch auf den Zeitraum zwischen dem erfolglosen Ablauf der Frist nach § 281 I BGB und der Erklärung des Schadensersatzverlangens anwendbar; Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 140, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>.

²²¹ *Schultz*, Leistungsstörungenrecht, in: Westermann (Hrsg.), Das Schuldrecht 2002, S. 17(51); *Heinrichs*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 280 Rn. 18.

²²² *Faust*, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 3 Rn. 155.

²²³ *Heinrichs*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 281 Rn. 50.

der Aufwendungen zu verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat.

4.3.2.1 Verschuldensprinzip

Liegt ein Schuldverhältnis zwischen Nutzer und Anbieter und eine Pflichtverletzung von Seiten des Anbieters vor, so hat der Nutzer gleichwohl keinen Schadensersatzanspruch, wenn der Anbieter die Leistungsstörung nicht zu vertreten hat.

Für den Ersatz sonstiger Schäden ergibt sich dies direkt aus § 280 I S. 2 BGB. Für Ansprüche des Anbieters auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 I S. 1 BGB gilt ebenfalls das Verschuldensprinzip. Denn § 281 I S. 1 BGB gewährt Schadensersatz statt der Leistung nur „unter den Voraussetzungen des § 280 I BGB“. Damit wird auch auf die Voraussetzung des Verschuldens in § 280 I S. 2 BGB verwiesen. Auch der Ersatz vergeblicher Aufwendungen kann nur geltend gemacht werden, wenn ein Verschulden des Anbieters im Sinne von § 281 I S. 2 BGB vorliegt. Dies ergibt sich daraus, dass nach § 284 BGB Aufwendungsersatz nur „anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung“ gefordert werden kann, folglich alle diesbezüglichen Voraussetzungen vorliegen müssen.

Fraglich ist aber, ob bei standortbezogenen Mobilfunkdienstleistungen eine Schlechtleistung des Diensteanbieters, bei der diesen kein Verschulden trifft, überhaupt vorstellbar ist. Denn für eine unvollständige, falsche oder unverständliche Leistung ist zumindest nötig, dass die automatisierte Datenbank entweder nicht ordnungsgemäß funktioniert oder dass sie falsch programmiert ist. Zwar ist der Anbieter nicht verpflichtet, die Anlage betriebsbereit zu halten, da kein Kontrahierungszwang besteht, aber er hat die Pflicht, im Falle der Informationserbringung, durch deren Absendung er gleichzeitig seinen Willen zum Vertragsschluss bekundet, seine Leistung ordnungsgemäß zu erbringen. Ist die Programmierung der automatisierten Datei Ursache dafür, dass eine unvollständige, unverständliche oder falsche Information übersandt wird, so hat die für die Programmierung zuständige Person bei der Programmierung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und damit fahrlässig gehandelt, § 276 II BGB. Der Diensteanbieter muss sich dies über § 278 BGB zurechnen lassen.

Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn die Schlechtleistung aufgrund eines Defekts der automatisierten Datenbank erfolgt. Denn um einen Defekt gänzlich vermeiden zu können, müsste die Datenbank ununterbrochen kontrolliert werden. Fahrlässig im Sinne von § 276 II BGB handelt jedoch nur, wer einen objektiven Sorgfaltsmaßstab, der nach der allgemeinen Verkehrsauffassung geboten ist, nicht einhält²²⁴. Eine ständige Überwachung der Funktionsfähigkeit der Datenbank würde aber einen außerordentlich hohen Vermeidungsaufwand für den Anbieter bedeuten. Der Anbieter muss jedoch nicht beliebig umfassende Vorsorgemaßnahmen ergreifen, um die Gefahr eines Schadenseintritts zu vermeiden. Vielmehr muss die Höhe des Vermeidungsaufwands zur Gefahr des Eintritts eines Schadens ins Verhältnis gesetzt werden²²⁵. Nach der allgemeinen Verkehrsauffassung entspricht eine Wartung in regelmäßigen Abständen je nach Fehleranfälligkeit und Komplexität der einzelnen Anlage dem gebotenen Sorgfaltsmaßstab, ohne dass dem Anbieter dabei ein zu hoher Vermeidungsaufwand entsteht. Folglich trifft den Anbieter, wenn er nicht für eine in regelmäßigen, der Beschaffenheit der Datenbank angemessenen Abständen erfolgende Wartung sorgt, ein Verschulden im Sinne von § 276 I, II BGB, falls die Datenbank aufgrund eines Defekts unvollständige, unverständliche oder falsche Informationen an der Nutzer weitergibt.

Eine von Seiten des Anbieters unverschuldete Schlechtleistung ist beim Vertrag über ortsbezogene Dienstleistungen also nur dann vorstellbar, wenn der Anbieter zwar die automatisierte Datenbank regelmäßig warten lässt, aber trotz Einhaltung dieser Sorgfaltsmaßstäbe ein Defekt eintritt. In diesem Fall trifft den Diensteanbieter keine Schadensersatzpflicht nach § 280 I BGB oder §§ 281, 280 I, III BGB.

4.3.2.2 Schadensersatz statt der Leistung

Liegt eine schuldhafte Schlechtleistung von Seiten des Anbieters vor, kann der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 III, 281 I BGB verlangen²²⁶.

²²⁴ *Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, § 276 Rn. 15.

²²⁵ *Grundmann, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, § 276 Rn. 102.

²²⁶ Der Nutzer kann seine Schadensersatzforderung mittels Brief, Telefax, E-Mail oder telefonisch gegenüber dem Anbieter geltend machen. Dabei genügt es, wenn er diese Erklärung allgemein an das Unternehmen des Anbieters richtet. Hierzu ausführlicher Punkt 3.3.

Der Schadensersatz statt der Leistung soll dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden ausgleichen, d.h. er ist so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der Schuldner den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte²²⁷. §§ 280 III, 281 I S. 1 BGB gewährt aber nur Ersatz für das Leistungsdefizit als solches²²⁸. Wegen aller übrigen Schäden, die der Nutzer aufgrund der Leistungspflichtverletzung erlitten hat, muss er Schadensersatz nach § 280 I BGB fordern²²⁹. Das Leistungsdefizit ist beim Dienstvertrag oder Auftrag über die Erbringung standortbezogener Dienste der durch die falsche, unvollständige oder unverständliche Information wertlose Teil der Information, maximal aber der Wert der ortsbezogenen Information. Der Nutzer bekommt daher nach §§ 280 III, 281 I S. 1 BGB nur Ersatz für die infolge der Schlechtleistung entstandene Differenz zwischen dem Wert der geschuldeten Leistung und dem Minderwert der gelieferten standortbezogenen Information.

4.3.2.2.1 Schadensersatz bei Teilleistung

Fraglich ist aber, ob der Nutzer in Fällen der Schlechtleistung überhaupt noch ein Interesse an dem korrekten Teil der ortsbezogenen Dienstleistung hat, da infolge der Schlechtleistung eine Zeitverzögerung eingetreten ist, die einer zeitnahen Erfüllung des Informationsbedürfnisses entgegensteht. Des Weiteren ist fraglich, ob Bruchstücke der Information überhaupt noch den Zweck einer ortsbezogenen Dienstleistung erfüllen.

Hat der Anbieter eine unvollständige Information erbracht, so könnte eine Teilleistung im Sinne von § 281 I S. 2 BGB vorliegen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass die geschuldete Leistung rechtlich und tatsächlich teilbar ist²³⁰. Teilbarkeit standortbezogener Dienstleistungen liegt grundsätzlich vor, da sie aus mehreren Komponenten besteht. Dazu gehört zum einen eine Wegbeschreibung mittels Karte oder Text und zum anderen bei vielen Diensten das Zur-Verfügung-Stellen der Möglichkeit, die gewünschte Einrichtung mittels Mobiltelefon zu kontaktieren²³¹. Bei allen Diensten führt das Fehlen eines Teils der Wegbeschreibung aber dazu, dass der mit der geschuldeten Leistung erstrebten Zweck, nämlich

²²⁷ *Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 281 Rn. 17; Emmerich, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Vor § 281 Rn. 7.*

²²⁸ *Ernst, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 281 Rn. 115.*

²²⁹ *Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Vorb v § 281 Rn. 3.*

²³⁰ *Ernst, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 281 Rn. 137, § 323 Rn. 201.*

²³¹ Siehe dazu, welche Informationen die einzelnen standortbezogenen Dienste umfassen müssen, Punkt 4.2.4.1.

an einen bestimmten Ort zu kommen, für den Nutzer nicht mehr möglich ist. Der Vertragszweck kann daher nicht nur teilweise, sondern gar nicht mehr erreicht werden²³². Zwar stünde dem Nutzer neben der erbrachten Teilleistung noch Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen geschuldeter und erbrachter Leistung zu, dieser Anspruch und die naturale Teilleistung entspricht aber für den Nutzer wertmäßig nicht der ursprünglich geschuldeten Leistung, da die erbrachte Teilleistung für ihn gänzlich wertlos ist.

Aber auch bei Diensten, bei denen neben der Wegbeschreibung eine Kontaktierungsmöglichkeit besteht, fügt sich bei Erhalt nur einer dieser beiden Komponenten und Schadensersatz wegen des fehlenden Teils das Empfangene für den Nutzer nicht zu einer das Gläubigerinteresse doch noch befriedigenden Mischleistung zusammen. Denn die erbrachte Teilleistung könnte zwar zu einer teilweisen Zweckerreichung für den Nutzer führen, beispielsweise weil er mittels der übersandten Telefonnummer in dem gewünschten Theater telefonisch Karten reservieren kann oder weil er den gewünschten Weg kennt. Um jedoch die fehlende Komponente zu erhalten, die er zu einer zweckgerechten Nutzung des ortsbezogenen Dienstes benötigt, muss er wiederum einen ortsbezogenen Dienst anfordern, der nur in Kombination mit dem anderen Teil erhältlich ist, so dass für ihn der für die Gesamtleistung zu erbringende finanzielle Aufwand nochmals anfällt. Das ursprüngliche Leistungsinteresse des Schuldners ist folglich, auch wenn er einen Schadensersatzanspruch bezüglich des fehlenden Teils erhält, noch beeinträchtigt. Leistet ein Anbieter standortbezogener Dienste unvollständig, besteht daher auf Nutzerseite ein Interessenfortfall im Sinne von § 281 I S. 2 BGB. Der Nutzer hat im Falle einer unvollständigen Information von Seiten des Anbieters daher einen Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung nach § 281 I BGB.

Hat der Anbieter hingegen eine unverständliche oder falsche Information erbracht, so liegt eine qualitative Schlechtleistung vor. Der Nutzer kann in diesen Fällen Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen, wenn die Pflichtverletzung nicht unerheblich ist, § 281 I S. 3 BGB. Ist die Pflichtverletzung unerheblich, kann der Nutzer Schadensersatz nur für den Teil fordern, bezüglich dessen eine Schlechtleistung vorliegt, § 281 I S. 1 BGB. Aus dem Vergleich der unterschiedlichen Formulierungen von § 281 I S. 2 BGB und § 281 I S. 3 BGB ergibt sich, dass die Schwelle für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung bei § 281 I S. 3 BGB niedriger ist als bei § 281 I S. 2 BGB. Denn im Gegen-

²³² Faust, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 3 Rn. 160.

satz zu § 281 I S. 2 BGB, nach dem der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur dann verlangen kann, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat, spricht § 281 I S. 3 BGB dem Gläubiger grundsätzlich Schadensersatz statt der Leistung zu, es sei denn, die Pflichtverletzung ist unerheblich²³³. § 281 I S. 3 BGB soll daher lediglich Fälle ausschließen, in denen „das Leistungsinteresse des Gläubigers im Grunde nicht gestört ist“²³⁴ oder „es sich um abgrenzbare Mängel handelt, die ohne Schwierigkeiten behoben werden können“²³⁵.

Ist die vom Anbieter gelieferte ortsbezogene Information entweder hinsichtlich Wegbeschreibung oder hinsichtlich Kontaktierungsmöglichkeit zumindest in Teilen falsch oder unverständlich, wird regelmäßig das Leistungsinteresse des Gläubigers gestört sein, weil er den konkreten Zweck der Leistung, nämlich zu einem bestimmten Ort zu gelangen bzw. die gesuchte Einrichtung auch kontaktieren zu können, nicht mittels der erbrachten Leistung erreichen kann. Nur wenn der Fehler marginal ist, beispielsweise ein falsch geschriebener Straßen- oder Ortsname, der aber für den durchschnittlichen, verständigen Nutzer ohne Weiteres erschließbar ist, kann von Unerheblichkeit im Sinne von § 281 I S. 3 BGB ausgegangen werden.

Der Nutzer kann folglich bei Schlechterfüllung von Seiten des Diensteanbieters unter den Voraussetzungen von §§ 280 III, 281 I BGB regelmäßig Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen, es sei denn, der Fehler ist unerheblich im Sinne von § 281 I S. 3 BGB.

4.3.2.2.2 Rückforderung des Geleisteten nach § 281 V BGB

Verlangt der Nutzer Schadensersatz statt der ganzen Leistung nach §§ 280 III, 281 I S. 2 BGB oder §§ 280 III, 281 I S. 3 BGB, so ist der Diensteanbieter gemäß § 281 V BGB zur Rückforderung des Geleisteten nach §§ 346 bis 348 BGB berech-

²³³ Faust, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 3 Rn. 158.

²³⁴ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 187, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>.

²³⁵ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 140, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>.

tigt. Der Rücktritt des Anbieters erfolgt gemäß § 349 BGB durch Erklärung gegenüber dem Nutzer. Es handelt sich dabei um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung²³⁶. Die Rückgewähr einer standortbezogenen Information ist aber nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen gemäß § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB, da der Nutzer die ortsbezogene Information durchlesen muss, um festzustellen, dass eine Schlechtleistung vorliegt. Damit hat er aber auch deren Informationsgehalt wahrgenommen. Dadurch hat er einen gegenständlich nicht fassbaren Vorteil, den er behält, auch wenn er die Information zurückgeben würde²³⁷. Gemäß § 346 II BGB hat der Nutzer Wertersatz zu leisten, wenn die Rückgewähr nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist. Soweit es sich um einen Dienstvertrag handelt, bei dem der Nutzer eine bestimmte Gebühr als Gegenleistung zu entrichten hat, ist gemäß § 346 II S. 2 BGB diese bei der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen. Handelt es sich hingegen um ein Auftragsverhältnis, in dem der Nutzer keine Gegenleistung für die ortsbezogene Information erbringen muss, so richtet sich die Höhe des Wertersatzes nach dem objektiven Wert der empfangenen Information²³⁸. Der Nutzer kann sich dabei nicht darauf berufen, die mangelhafte Information habe für ihn keinen Wert mehr, da dies nur im Bereicherungsrecht über § 818 III BGB möglich ist. Eine standortbezogene Information, die unvollständig, falsch oder unverständlich erbracht wurde, vermag aber regelmäßig ihren Zweck, den Nutzer zu einem bestimmten Ort zu leiten oder ihm gleichzeitig Kontaktaufnahme mit einer bestimmten Einrichtung zu ermöglichen, nicht mehr zu erfüllen, es sei denn, der Fehler ist unerheblich im Sinne von § 281 I S. 3 BGB. Der objektive Wert einer mangelhaften ortsbezogenen Information geht daher außer im Fall des § 281 I S. 3 BGB gegen Null.

Folglich muss der Nutzer bei Vorliegen eines Dienstvertrages Wertersatz in Höhe der vereinbarten Gegenleistung entrichten, handelt es sich dagegen um ein Auftragsverhältnis, muss der Nutzer in der Regel keinen Wertersatz leisten, da eine mangelhafte ortsbezogene Information meist objektiv wertlos ist.

Die Pflicht zum Wertersatz beim Dienstvertrag entfällt auch nicht nach § 346 III BGB, da sich keine der Ausnahmen des § 346 III BGB auf § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB bezieht, denn

²³⁶ Gaier, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 349 Rn. 1 BGB. Dazu, auf welche Weise der Anbieter diese Erklärung gegenüber dem Nutzer abgeben kann, Punkt 3.3.

²³⁷ Zur Unmöglichkeit der Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten die auf vorliegendes Problem übertragbaren Ausführungen zu § 818 II BGB unter Punkt 3.4.1.1.

²³⁸ Gaier, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 346 Rn. 46.

§ 346 III S. 1 Nr. 1 BGB ist eine Ausnahme von § 346 II S. 1 Nr. 2 BGB und § 346 III S. 1 Nr. 2 und 3 BGB sind Ausnahmen von § 346 II S. 1 Nr. 3 BGB²³⁹.

4.3.2.3 Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB

In den Fällen, in denen der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung fordern könnte, hat er nach § 284 BGB die Möglichkeit, anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung Ersatz der Aufwendungen zu verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat. Diese Regelung zielt auf Fälle, in denen sich Investitionen, die der Gläubiger in Erwartung einer vereinbarungsgemäßen Vertragserfüllung getätigt hat, wegen einer Leistungspflichtverletzung des Schuldners als nutzlos erweisen²⁴⁰.

Solche Aufwendungen des Anbieters im Vertrauen auf die Vertragserfüllung kommen beim Vertrag über standortbezogene Dienste aber nicht in Betracht, da die Vertragsannahmeerklärung des Anbieters konkludent mit der Absendung der angeforderten Leistung erfolgt. Eine Zeitspanne, in der der Nutzer im Vertrauen auf den geschlossenen Vertrag vor Erhalt der Leistung Aufwendungen tätigen könnte, fehlt daher. Schadensersatzansprüche des Nutzers nach § 284 BGB kommen beim Vertrag über standortbezogene Dienste folglich nicht in Betracht.

4.3.2.4 Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 I BGB

Liegt eine schuldhafte Schlechtleistung von Seiten des Anbieters vor und ist dem Nutzer dadurch ein Schaden entstanden, hat der Nutzer einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung nach § 280 I BGB²⁴¹. § 280 I BGB ersetzt im Gegensatz zu §§ 280 III, 281 BGB nicht das Leistungsdefizit als solches, sondern die Schäden, die durch spätere Erfüllung nicht mehr entfallen können²⁴². Fraglich ist, welche Schäden dem Nutzer

²³⁹ Faust, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 10 Rn 17.

²⁴⁰ Dauner-Lieb, Das Leistungsstörungenrecht im Überblick, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, § 2 Rn 49.

²⁴¹ Der Nutzer kann seine Schadensersatzforderung mittels Brief, Telefax, E-Mail oder telefonisch gegenüber dem Anbieter geltend machen. Dabei genügt es, wenn er diese Erklärung allgemein an das Unternehmen des Anbieters richtet. Hierzu ausführlicher Punkt 3.3.

²⁴² Ernst, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 280 Rn. 66.

durch eine Schlechtleistung von Seiten des Anbieters abgesehen von Schäden an der Leistung selbst entstehen können.

Zum einen könnte der Nutzer in den Fällen, in denen er aufgrund einer unvollständigen, unverständlichen oder falschen Information beispielsweise mittels einer angeforderten Routenplanung nicht den gewünschten Zielort erreicht und infolgedessen ein gewinnbringendes Geschäft nicht abschließen kann, wegen des entgangenen Gewinns einen Schadensersatzanspruch nach § 280 I BGB haben. Nach *Buck* ist der Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns zwar im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung nach §§ 280 III, 281 I BGB geltend zu machen²⁴³. *Ernst* stellt jedoch demgegenüber zurecht fest, dass sich die Zuweisung von Schadensposten zu den Ansprüchen nach § 280 I BGB einerseits und § 281 BGB andererseits nicht allein nach der Art des Schadenspostens richtet. Nach § 280 BGB ersatzfähig ist nämlich der Schaden, der auch bei nachträglicher Erfüllung unwiderruflich eingetreten ist, mit anderen Worten all diejenigen Schäden, die unabhängig vom Leistungsinteresse eintreten, bevor der Nutzer Schadenersatz statt der Leistung nach § 281 BGB verlangt²⁴⁴. Kann der Nutzer aufgrund der mangelhaften ortsbezogenen Information sein Ziel nicht erreichen und verpasst er infolgedessen einen gewinnbringenden Geschäftsabschluss, so kann der dadurch entstandene Schaden auch durch eine Nacherfüllung des Anbieters nicht mehr beseitigt werden. Der Nutzer hat daher einen Schadensersatzanspruch nach § 280 I BGB. Ein entgangener Gewinn kann aber nach § 252 S. 2 BGB nur dann ersetzt werden, wenn der Gewinn mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Der Nutzer muss also soweit wie möglich konkrete Anhaltspunkte dafür dartun, dass er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ein gewinnbringendes Geschäft abgeschlossen hätte²⁴⁵ und mit zumindest überwiegender Wahrscheinlichkeit beweisen, dass der Gewinnverlust ausschließlich auf der mangelhaften ortsbezogenen Dienstleistung beruht²⁴⁶. Die Vereitelung einer bloßen Gewinnchance begründet hingegen keinen Schadensersatzanspruch²⁴⁷.

²⁴³ *Buck*, Kaufrecht, in: *Westermann*, Das Schuldrecht 2002, S. 105(151).

²⁴⁴ *Ernst*, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 280 Rn. 67.

²⁴⁵ BGH NJW 1998, S. 1633(1634).

²⁴⁶ *Stürner*, Der Erwerbsschaden und seine Ersatzfähigkeit, in: JZ 1984, S. 461(463).

²⁴⁷ BGH NJW 1983, S. 442(444).

Des Weiteren ist vorstellbar, dass der Nutzer durch eine falsche, unverständliche oder unvollständige ortsbezogene Information des Anbieters fehlgeleitet wird oder einen Umweg fährt und dadurch zusätzlich Benzin verbraucht bzw. ihm sonstige Kosten durch diese Fortbewegung entstehen. Hierbei handelt es sich ebenfalls um Kosten, die dem Nutzer unabhängig von seinem Leistungsinteresse durch die Schlechtleistung entstehen. Er hat diesbezüglich also einen Schadensersatzanspruch nach § 280 I BGB.

Davon zu unterscheiden sind jedoch die Fälle, in denen der Nutzer eine Information bekommt, die nicht falsch, unvollständig oder unverständlich ist, ihn aber trotzdem über einen Umweg zu dem gewünschten Ziel leitet. Für die Kosten, die dem Nutzer dadurch entstehen, könnte er nur dann Ersatz verlangen, wenn der Anbieter nicht nur eine richtige und für den durchschnittlichen Nutzer verständliche Information, sondern auch die Übermittlung der kürzesten Wegstrecke schulden würde. Geschuldet ist nach § 242 BGB eine zweckgerechte Leistung, wie sie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern²⁴⁸. Den Vertragszweck, an einen bestimmten Ort zu gelangen, erfüllt auch eine Wegbeschreibung, die nicht unbedingt die kürzeste ist. Nach der Verkehrssitte muss aber bei einem Routenplaner-Dienst erwartet werden, dass die Wegbeschreibung zielorientiert und ohne größere Umwege gegeben wird. Hält sich die vom Anbieter übersandte Information in diesem Rahmen, besteht daher kein Schadensersatzanspruch wegen des zusätzlichen Benzinverbrauchs. Nur wenn ein darüber hinausgehender Umweg durch die ortsbezogene Information vorgegeben wird, kann folglich der dadurch entstandene zusätzliche Benzinverbrauch vom Nutzer als Schaden gemäß § 280 I BGB geltend gemacht werden.

Schäden, die durch die Schlechtleistung unabhängig vom Leistungsinteresse des Nutzers entstehen, sind schließlich auch die Kosten, die dem Nutzer entstehen, wenn er die Anschrift der Niederlassung oder die Telefonnummer des Anbieters mittels der Telefonauskunft oder eines anderen Informationsmediums herauszufinden versucht, um dem Anbieter seine Erklärung, nun Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 III, 281 BGB zu begehren, zu übermitteln. Schließlich kann der Nutzer auch die Kosten, die ihm bei der Erklärung, Schadensersatz nach § 280 I BGB zu wollen, entstehen, gemäß § 280 I BGB geltend machen.

²⁴⁸ Roth, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 242 Rn. 156.

4.3.3 Rücktrittsrechte des Nutzers

4.3.3.1 Voraussetzungen für das Bestehen eines Rücktrittsrechts

Nach § 323 I BGB hat der Nutzer im Falle einer Schlechtleistung durch den Anbieter ein Rücktrittsrecht, jedoch nur, wenn zwischen den Parteien ein gegenseitiger Vertrag besteht. Erfolgt die Leistung des Anbieters unentgeltlich, so liegt ein Auftragsverhältnis gemäß § 662 BGB vor. Hierbei handelt es sich um einen unvollkommenen zweiseitigen Vertrag, bei dem keine beiderseitigen Verpflichtungen im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bestehen. Der Nutzer, der einen unentgeltlichen ortsbezogenen Dienst in Anspruch nimmt, hat folglich kein Rücktrittsrecht gemäß § 323 BGB.

Nimmt der Nutzer hingegen einen entgeltlichen ortsbezogenen Dienst in Anspruch, so handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag, von dem der Nutzer im Falle einer Schlechtleistung des Anbieters gemäß § 323 BGB zurücktreten kann.

Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Leistung fällig ist, § 323 I BGB. Da bezüglich der Fälligkeit aufgrund der Abwicklung des Geschäfts über eine automatisierte Datei keine individuellen Vereinbarungen getroffen werden können und da keine gesetzlichen Leistungszeitbestimmungen bestehen, ist Fälligkeit gemäß § 271 I BGB sofort nach dem Vertragschluss²⁴⁹.

Des Weiteren muss der Nutzer dem Anbieter eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt haben. Fraglich ist, ob die Fristsetzung entbehrlich ist nach § 323 II BGB. Bezüglich § 323 II Nr. 1 und Nr. 3 BGB kann auf die entsprechenden Ausführungen zu § 281 II BGB verwiesen werden, den § 281 II BGB stimmt vom Wortlaut her exakt mit § 323 II Nr. 1 und Nr. 3 BGB überein²⁵⁰. Danach ist beim Vertrag über standortbezogene Dienste nicht möglich, dass der Anbieter als Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert im Sinne von § 323 II Nr. 1 BGB. Die Fristsetzung ist ebenfalls nicht entbehrlich nach § 323 II Nr. 2 BGB, da es dem Nutzer als Gläubiger der ortsbezogenen Information aufgrund der Abwicklung des Vertragsschlusses über eine automatisierte Datenbank mittels vorgegebener Begriffe nicht möglich ist, den Fortbestand seines Leistungsinteresses vertraglich an die Rechtzeitigkeit der Leistung zu binden. Es

²⁴⁹ Hierzu näher Punkt 4.3.1.1.

besteht aber ein das die Interessen des Anbieters überwiegendes Interesse des Nutzers daran, seinen Rücktritt sofort und ohne Einhaltung einer Frist erklären zu können²⁵¹. Die Fristsetzung ist somit entbehrlich nach § 323 II Nr. 3 BGB.

Des Weiteren hat der Gläubiger nach § 323 IV BGB bereits vor Eintritt der Fälligkeit ein Rücktrittsrecht, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. Ein Rücktritt nach § 323 IV BGB kommt beim Vertrag über ortsbezogene Dienstleistungen jedoch nicht in Frage, da eine Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit nach § 323 IV BGB genauso wie die Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit gemäß § 323 II Nr. 1 BGB ausgeschlossen ist, weil die Vertragsannahme zeitgleich mit der Erfüllung oder dem Erfüllungsversuch erfolgt.

Hat der Schuldner lediglich eine Teilleistung erbracht, kann der Gläubiger gemäß § 323 V BGB vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Diese Vorschrift entspricht vom Wortlaut her § 281 I S. 2 BGB. Daher kann auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden²⁵². Wie dort herausgearbeitet wurde, liegt eine Teilleistung gemäß § 323 V S. 1 BGB immer dann vor, wenn der Anbieter eine unvollständige ortsbezogene Information liefert. An einer unvollständigen Information hat der Nutzer aber regelmäßig kein Interesse, da diese nicht nur teilweise, sondern gar nicht den Zweck erfüllt, ihn zu dem gewünschten Ziel zu bringen bzw. ihm die Kontaktaufnahme mit einer bestimmten Einrichtung zu ermöglichen. Erbringt der Diensteanbieter also die angeforderte Information unvollständig, kann der Nutzer folglich gemäß § 323 V S. 1 BGB vom ganzen Vertrag zurücktreten.

Bezüglich einer mangelhaften Leistung von Seiten des Schuldners bestimmt § 323 V S. 2 BGB, dass der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten kann, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Diese Regelung entspricht von ihrem Wortlaut her § 281 I S. 3 BGB, so dass wie dort erörtert auch bezüglich § 323 V S. 2 BGB gilt, dass die Pflichtverletzung im Falle einer falschen oder unverständlichen Information von Seiten des Anbieters regelmäßig erheblich ist²⁵³. Unerheblichkeit liegt nur dann vor, wenn der Mangel

²⁵⁰ Hierzu näher Punkt 4.3.1.2.

²⁵¹ Bei Schlechterfüllung besteht ein überwiegendes Interesse des Nutzers daran, seinen Schadensersatzanspruch sofort geltend machen zu können. Hierzu ausführlich Punkt 4.3.1.2.

²⁵² Hierzu ausführlicher unter Punkt 4.3.2.2.1.

²⁵³ Hierzu ebenfalls ausführlicher unter Punkt 4.3.2.2.1.

so geringfügig ist, dass sich der durchschnittliche, verständige Nutzer die richtige Bedeutung ohne weiteres erschließen kann.

§ 323 BGB setzt hingegen kein Verschulden oder Vertretenmüssen voraus. Hieraus ergibt sich der Verzicht auf das Verschuldenserfordernis im Rahmen des § 323 BGB, zumal § 323 BGB keine Verbindung zur Grundnorm des § 280 I S. 2 BGB hat²⁵⁴. Der Anbieter muss also damit rechnen, dass der Nutzer vom Vertrag zurücktritt, auch wenn er als Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Ausgeschlossen ist der Rücktritt gemäß § 323 VI BGB aber, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist. Der Fall, dass der Nutzer allein oder weit überwiegend für eine Schlechtleistung des Gläubigers verantwortlich ist, kann beim Vertrag über standortbezogene Dienste nicht eintreten, denn der Nutzer hat keinerlei Einwirkungsmöglichkeit darauf, in welcher Qualität er die standortbezogene Information erhält. Er kann lediglich passiv die Information auf seinem Mobiltelefon empfangen, sie aber nicht verändern.

Es könnte aber sein, dass die Schlechtleistung zu einer Zeit eintritt, in der der Nutzer im Verzug der Annahme ist, § 323 VI 2. Alt. BGB. Denn wenn er beispielsweise sein Mobilgerät ausschaltet, so dass er die vom Anbieter abgesandte Leistung nicht empfangen kann, nimmt er ein tatsächliches Angebot des Nutzers im Sinne von § 294 BGB nicht an und kommt damit gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug. Auch wenn sich der Gläubiger im Annahmeverzug befindet, hat aber doch der Diensteanbieter die Schlechtleistung zu vertreten. Denn eine Schlechtleistung von Seiten des Anbieters beim Vertrag über standortbezogene Dienste beruht immer darauf, dass entweder die automatisierte Datei nicht richtig funktioniert oder die darin enthaltenen Daten nicht richtig oder vollständig sind. Damit hat der Anbieter zumindest fahrlässig seine Pflicht zur Erbringung einer ordnungsgemäßen Leistung verletzt, indem er die Wartung bzw. Aktualisierung der Datei nicht ordnungsgemäß durchgeführt hat. Folglich hat er die Schlechtleistung zu vertreten nach § 276 I BGB. Der Rücktritt des Nutzers einer ortsbezogenen Mobilfunkleistung kann daher nicht nach § 323 VI BGB ausgeschlossen sein.

²⁵⁴ *Schultz*, Leistungsstörungenrecht, in: *Westermann, Das Schuldrecht* 2002, S. 17(90).

Erbringt der Diensteanbieter folglich eine falsche, unvollständige oder unverständliche ortsbezogene Information an den Nutzer, so kann der Nutzer dem Diensteanbieter gegenüber den Rücktritt erklären. Dies ist nur dann nicht möglich, wenn im Falle einer falschen oder unverständlichen Information der Mangel unerheblich im Sinne von § 323 V S. 2 BGB ist.

4.3.3.2 Abwicklung des Rücktritts

Erklärt der Nutzer dem Anbieter gegenüber den Rücktritt²⁵⁵, so entsteht zwischen den Parteien ein gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis gemäß § 346 I BGB, in dem die empfangenen Leistungen von den Parteien gemäß der §§ 346 ff BGB zurückzugewähren sind. In den meisten Fällen wird der Nutzer den Rücktritt erklären, bevor er die von ihm geschuldete Gebühr mittels der nächsten Telefonrechnung gezahlt hat. Es wird daher bislang ausschließlich eine Leistung von Seiten des Diensteanbieters erbracht worden sein. Die Rückgewähr einer ortsbezogenen Information ist aber nach der Natur der Erlangten ausgeschlossen gemäß § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB, da der Nutzer damit einen gegenständlich nicht fassbaren Vorteil bekommt, den er behält, auch wenn er die Information zurückgeben würde²⁵⁶. Folglich muss der Nutzer nach § 346 II S. 1 Nr. 1, S. 2 BGB Wertersatz in Höhe der vereinbarten Gegenleistung entrichten.

Die Pflicht zum Wertersatz entfällt auch nicht nach § 346 III BGB, da sich keine der Ausnahmen des § 346 III BGB auf § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB bezieht²⁵⁷.

²⁵⁵ Der Nutzer kann seinen Rücktritt mittels Brief, Telefax, E-Mail oder telefonisch gegenüber dem Anbieter erklären. Dabei genügt es, wenn er seine Rücktrittserklärung allgemein an das Unternehmen des Anbieters richtet. Hierzu ausführlicher Punkt 3.3.

²⁵⁶ Hierzu die Ausführungen zur Rückgewähr einer standortbezogene Information unter Punkt 4.3.2.2.2 und die Ausführung zur Unmöglichkeit der Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten zu § 818 II BGB unter Punkt 3.4.1.1.

²⁵⁷ Hierzu unter Punkt 4.3.2.2.2 und in *Faust*, in: *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 10 Rn 17.

4.3.4 Rücktritt und Schadensersatz

Gemäß § 325 BGB wird das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen. Damit steht es dem Nutzer offen, auch nachdem er den Rücktritt erklärt hat, Schadensersatz zu verlangen. Ersatz seines Schadens kann der Nutzer aber nur bezüglich der Schäden verlangen, die ihm über das Interesse an der eigentlichen Leistung hinaus entstanden sind. Ein solcher über das Leistungsinteresse hinausgehender Schaden wären beispielsweise die Kosten, die dem Nutzer im Rahmen der Abwicklung des Vertrags über die standortbezogene Dienstleistung für die Nutzung des mobilen Internets entstehen. Grundlage eines Schadensersatzanspruchs des Nutzers neben seinem Rücktrittsrecht ist § 280 I BGB.

Die das Leistungsinteresse betreffenden Schäden hingegen sind bereits durch die Rückabwicklungspflichten der Parteien im Rückgewährschuldverhältnis nach §§ 346 ff BGB abgedeckt²⁵⁸.

4.3.5 Zusammenfassung

Der Erfüllungsanspruch des Nutzers erlischt bei Schlechterfüllung von Seiten des Anbieters nach § 281 IV BGB, sobald der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Anbieter seine Leistungspflicht durch ordnungsgemäße Erbringung der angeforderten ortsbezogenen Information noch erfüllen.

Für alle Schadensersatzansprüche des Nutzers wegen einer Schlechtleistung des Anbieters muss gemäß § 281 I S. 2 BGB ein Verschulden des Anbieters vorliegen. Dabei stehen mehrere Schadensersatzansprüche des Nutzers im Raum.

Zum einen kann der Nutzer nach § 281 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen, es sei denn, es handelt sich um eine unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne von § 281 S. 3 BGB. In diesem Fall ist sein Schadensersatzanspruch auf die infolge der Schlechtleistung entstandene Differenz zwischen dem Wert der geschuldeten Leistung und dem Minderwert der gelieferten standortbezogenen Information beschränkt. Verlangt der

²⁵⁸ *Schultz*, Leistungsstörungenrecht, in: Westermann, Das Schuldrecht 2002, S. 17(95f).

Nutzer Schadensersatz statt der ganzen Leistung nach §§ 280 III, 281 I S. 2 BGB oder §§ 280 III, 281 I S. 3 BGB, so kann der Anbieter nach §§ 281 V, 346 I, II S. 1 Nr. 1 BGB Wertersatz für die von ihm erbrachte ortsbezogene Information fordern, sofern diese aufgrund der Schlechtleistung nicht objektiv wertlos für den Nutzer geworden ist.

Der Nutzer kann wegen der Schlechtleistung aber auch Schadensersatz nach § 280 I BGB neben der Leistung fordern. Hier kommt vor allem Ersatz von entgangenem Gewinn, Ersatz der dem Nutzer durch eine Fehlleitung aufgrund einer unvollständigen oder unverständlichen Wegbeschreibung entstandenen zusätzlichen Kosten und Ersatz der Kosten, die dem Nutzer bei der Geltendmachung seiner Rechte dem Anbieter gegenüber entstehen, in Betracht.

Schließlich kann der Nutzer beim entgeltlichen Vertrag über standortbezogene Dienste im Falle einer Schlechtleistung von Seiten des Anbieters gemäß §§ 323 I, V, 346 I BGB vom Vertrag zurücktreten, es sei denn, die Pflichtverletzung ist unerheblich im Sinne von § 323 V S. 2 BGB.

Im Falle des Rücktritts müssen sich Anbieter und Nutzer die empfangenen Leistungen zurückgewähren gemäß §§ 346 ff BGB. Aufgrund der Natur der ortsbezogenen Information muss der Nutzer dem Anbieter dabei gemäß § 346 II S. 1 Nr. 1, S. 2 BGB Wertersatz in Höhe der vereinbarten Gegenleistung entrichten.

Ist der Nutzer vom Vertrag zurückgetreten, so kann er gemäß § 325 BGB zusätzlich Schadensersatz verlangen. Sein Schadensersatzanspruch beschränkt sich dann jedoch auf Schäden, die ihm über das Interesse an der eigentlichen Leistung hinaus entstanden sind, § 280 I BGB.

5 Allgemeine Geschäftsbedingungen und Vorschriften zu besonderen Vertriebsformen

In den letzten drei Jahrzehnten wurde, beginnend mit dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen am 09.12.1976, eine Fülle von Vorschriften erlassen, deren Zweck zumindest auch in der Verbesserung des Verbraucherschutzes oder in der Anpassung des Gesetzes an moderne Vertriebsformen bestand. Dies waren neben dem Gesetz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen insbesondere das Haustürwiderrufsgesetz, das Verbraucherkreditgesetz und das Fernabsatzgesetz. Im Zuge des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 kamen die Vorschriften über die Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr in Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie hinzu. Außerdem wurden die Regelungen zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen, Haustürgeschäften, Verbraucherkreditverträgen und Fernabsatzverträgen in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert. Im folgenden Kapitel soll untersucht werden, welche Pflichten sich für den Anbieter ortsbezogener Dienste aus den genannten Vorschriften ergeben und welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen diese Pflichten nach sich zieht.

Nicht untersucht werden hierbei die Vorschriften zum Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften, da es sich bei Verträgen über standortbezogene Dienste nicht um Haustürgeschäfte im Sinne von § 312 I S. 1 BGB handelt.

Ebenso wenig handelt es sich bei der derzeit angebotenen Form von Verträgen über standortbezogene Dienste um Verbraucherdarlehensverträge im Sinne von § 499 ff BGB, so dass auch diese Vorschriften im Folgenden nicht erörtert werden.

Dargestellt werden zunächst die Besonderheiten, die sich aus den Vorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen für Verträge über standortbezogene Mobilfunkdienste ergeben können (Punkt 5.1). Sodann wird untersucht, welche Pflichten sich für einen Anbieter ortsbezogener Informationen aus den Bestimmungen zum elektronischen Geschäftsverkehr ergeben und welche Rechtsfolgen eine Pflichtverletzung des Anbieters nach sich zieht (Punkt 5.2). Und abschließend wird erörtert, welche Auswirkungen auf die Parteien sich beim Vertrag über standortbezogene Dienste aus den Sondervorschriften für den Fernabsatzhandel ergeben (Punkt 5.3).

5.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen

Da es sich bei Verträgen über standortbezogene Dienste um Verträge handelt, die der Anbieter einer Vielzahl von Nutzern anbietet, könnten sich aus den Vorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen für Anbieter standortbezogener Dienste besondere Pflichten gegenüber den Nutzern ergeben.

Die §§ 305 ff BGB sind auf Verträge über standortbezogene Dienstleistungen sachlich anwendbar, § 310 IV S. 1 BGB. Persönlich anwendbar sind die Vorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen auf alle zwischen einem Anbieter und einem Nutzer, der Verbraucher gemäß § 13 BGB ist²⁵⁹, geschlossenen Verträge. Ist der Nutzer Unternehmer im Sinne von § 14 I BGB, finden §§ 305 II, III, 308, 309 BGB keine Anwendung²⁶⁰.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß § 305 I S. 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt, gleichgültig, ob Vertrag und allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) eine gemeinsame oder mehrere getrennte Urkunden bilden und unabhängig von der Form des Vertrages.

Im Folgenden soll zunächst in Punkt 5.1.1 die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste gemäß § 305 II BGB erörtert werden. Anschließend wird in Punkt 5.1.2 geprüft, ob beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste eine Einbeziehung nach § 305 a Nr. 2 b BGB möglich ist. In Punkt 5.1.3 wird sodann untersucht, inwiefern allgemeine Geschäftsbedingungen beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste mittels Rahmenverträgen einbezogen werden können. Schließlich wird in Punkt 5.1.4 am Beispiel standortbezogener Personenortungsdienste von O₂ und Vodafone geprüft, ob bei derzeit angebotenen Diensten allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam einbezogen werden.

²⁵⁹ Verbraucher ist gemäß § 13 BGB jede natürliche Person, die den Vertrag zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden kann.

²⁶⁰ Unternehmer ist gemäß § 14 BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

Nicht Gegenstand der Ausführungen ist hingegen, ob bei Verträgen über standortbezogene Mobilfunkdienste derzeit verwendete allgemeine Geschäftsbedingungen inhaltlich den Vorgaben der Vorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen entsprechen. Denn zum einen sprengt die Prüfung der einzelnen Vorschriften allgemeiner Geschäftsbedingungen den Rahmen dieser Arbeit und ist für eine Gesamtbetrachtung von Verträgen über standortbezogene Mobilfunkdienste zu einzelfallbezogen, da sie auf die momentan geltenden allgemeinen Geschäftsbedingungen eines beispielhaft herausgegriffenen Anbieters beschränkt wäre. Zum anderen ergeben sich bei der Inhaltskontrolle im Hinblick auf die Besonderheiten des Vertrages über standortbezogene Mobilfunkdienstleistungen, die sich größtenteils aus der Abwicklung über Mobiltelefon ergeben, keine besonderen Probleme, da die Wirksamkeit nach §§ 307 ff BGB vielmehr von den konkreten AGB-Inhalten als von dem bei Vertragschluss eingesetzten Medium abhängt.

5.1.1 Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen nach § 305 II BGB

Kernproblem bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen gegenüber Nutzern, die Verbraucher sind, ist – neben ihrer Wirksamkeit nach den §§ 307 – 309 BGB – ihre Einbeziehung in den Vertrag.

Gemäß § 305 II BGB werden allgemeine Geschäftsbedingungen Bestandteil des Vertrages, wenn der Verwender gegenüber dem Vertragspartner ausdrücklich auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen hinweist, der Vertragspartner die Möglichkeit zur zumutbaren Kenntnisnahme hat und sein Einverständnis zur Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen erklärt hat.

Ein ausdrücklicher Hinweis auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen liegt nur dann vor, wenn er vom Verwender bei Vertragschluss unmissverständlich und für den Kunden klar erkennbar geäußert worden ist²⁶¹. Für den Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs über Internet bedeutet dies beispielsweise, dass der Hinweis auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen so platziert sein muss, dass der Nutzer ihn vor Vertragschluss ohne weiteres

²⁶¹ Ulmer, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz, § 2 Rn. 1; Basedow, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 305 Rn. 54.

findet²⁶². Für den elektronischen Geschäftsverkehr über das Mobiltelefon kann aufgrund der Ähnlichkeit des Abwicklungsvorgangs nichts anderes gelten. Das heißt, dass der Hinweis innerhalb des üblichen Anforderungsablaufs über Mobiltelefon erfolgen muss, da nur so gewährleistet ist, dass der Nutzer ihn wahrnimmt.

Bei den derzeit angebotenen ortsbezogenen Mobilfunkdiensten erfolgt aber im Rahmen der Abwicklung über das Mobiltelefon keinerlei Hinweis auf etwaige allgemeine Geschäftsbedingungen des Anbieters. Vielmehr werden bei einer Anfrage über WAP dem Nutzer vom Portal des gewählten Anbieters beginnend auf jeder Seite mehrere Begriffe zur Auswahl gegeben, von denen er durch Anklicken einen auswählt, um zur nächsten Seite zu gelangen. Dies setzt sich so lange fort, bis er den gewünschten Anfragebegriff und damit sein Vertragsangebot absenden kann, ohne dass zuvor darauf hingewiesen wird, dass der Anbieter allgemeine Geschäftsbedingungen verwenden möchte. Ebenso wenig erfolgt ein derartiger Hinweis bei einer Anfrage per SMS, wo der Nutzer das gewünschte Suchwort an die Nummer ‚3463‘ sendet, und, nach einer Rückfrage das Einverständnis zur Ortung betreffend, die entsprechende Information ohne Weiteres zugesandt bekommt.

Bei standortbezogenen Diensten über Mobiltelefon werden derzeit folglich allgemeine Geschäftsbedingungen nicht wirksam gemäß § 305 II BGB einbezogen, da es schon an einem dementsprechenden Hinweis der Anbieter gemäß § 305 II Nr. 1 BGB fehlt.

Fraglich ist jedoch, ob die wirksame Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste nicht auch bei einem korrekten Hinweis gemäß § 305 II Nr. 1 BGB grundsätzlich scheitern würde, da der Anbieter dem Nutzer darüber hinaus die Möglichkeit verschaffen muss, in zumutbarer Weise vom Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen, § 305 II Nr. 2 BGB. Bei dem früher möglichen Vertragsschluss über Bildschirmtext (Btx) verlangte die Rechtsprechung eine bestimmte Schriftgröße²⁶³ und ausreichende Lesbarkeit²⁶⁴. Außerdem sollten die allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zu umfangreich sein²⁶⁵. Diese von der Rechtsprechung formulierten Kriterien lassen sich auf die Situation beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste übertragen, da beim Mobiltelefon ebenso wie bei Btx ein Herunterladen oder Ausdrucken, wie es beispielsweise bei Nutzung des Internets möglich ist, nicht

²⁶² Reich/Nordhausen, Verbraucher und Recht im elektronischem Geschäftsverkehr, S. 19.

²⁶³ BGH NJW-RR 1986, S. 1311(1311).

²⁶⁴ OLG Hamburg, in: BB 1987, S. 1703(1703); OLG Hamburg, in: NJW-RR 1988, S. 944(944).

²⁶⁵ OLG Köln, in: NJW-RR 1998, S. 1277(1278).

funktioniert. Der Nutzer kann das Übersandte also lediglich auf dem Bildschirm lesen, der bei Mobiltelefonen noch wesentlich kleiner ist als bei Btx. Gerade die beschränkten Anzeigemöglichkeiten auf einem Mobiltelefon-Display lassen erhebliche Zweifel daran zu, ob eine ausreichende Lesbarkeit besteht. Denn selbst wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen nur aus wenigen Klauseln bestehen, so erlaubt es die Größe des Mobiltelefon-Displays einem durchschnittlichen Nutzer nicht einmal, eine einzelne Bestimmung im Zusammenhang zu verstehen, geschweige denn den gesamten Text der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Als weiterer Aspekt kommt hinzu, dass dem Nutzer bei der Abwicklung des Vertrages über WAP relativ hohe Verbindungskosten für die Übertragung des Textes der allgemeinen Geschäftsbedingungen entstehen würden, so dass er vermutlich aus Kostengründen regelmäßig darauf verzichten würde, die allgemeinen Geschäftsbedingungen durchzulesen. Auch insofern kann kaum von einer zumutbaren Möglichkeit der Kenntnisnahme für den Verbraucher gesprochen werden.

Insgesamt bleibt also festzuhalten, dass bei den derzeit gängigen Display-Größen eine zumutbare Kenntnisnahme allgemeiner Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 II Nr. 2 BGB nicht möglich ist.

5.1.2 Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen nach § 305 a Nr. 2 b BGB

Gemäß § 305 a BGB werden in bestimmten Fällen allgemeine Geschäftsbedingungen jedoch auch ohne Einhaltung der in § 305 II Nr. 1 und 2 BGB bezeichneten Erfordernisse einbezogen, wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

So ist nach § 305 a Nr. 2 b BGB die Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen in Verträge über Telekommunikations-, Informations-, und andere Dienstleistungen, die unmittelbar durch Einsatz von Fernkommunikationsmitteln und während der Erbringung einer Telekommunikationsdienstleistung in einem Mal erbracht werden, wirksam, wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen im Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post veröffentlicht und in den Geschäftsstellen des Verwenders bereitgehalten werden und sie sonst der anderen Vertragspartei nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten vor dem Vertragschluss zugänglich gemacht werden können.

Beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste handelt es sich um einen Vertrag über eine Informationsdienstleistung²⁶⁶, die unmittelbar durch Einsatz eines Mobiltelefons erbracht wird. Mobiltelefone sind gemäß § 312 b II BGB Fernkommunikationsmittel, da es sich dabei um Kommunikationsmittel handelt, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden können. Bei standortbezogenen Mobilfunkdiensten handelt es sich auch um Mehrwertdienste²⁶⁷, die während der Erbringung einer Telekommunikationsdienstleistung in einem Mal erbracht werden und nicht erst nach Beendigung der Verbindung über das Mobiltelefon.

Des Weiteren enthält § 305 a Nr. 2 b BGB die Einschränkung, dass diese Ausnahme nur gilt, wenn es den Unternehmern nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, den Nutzern ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen vor Vertragschluss zugänglich zu machen. Für Verträge, die grundsätzlich nur konkludent geschlossen werden, beispielsweise im Call-by-Call-Verfahren, besteht aber eine entsprechende Vermutung²⁶⁸. Auch Verträge über standortbezogene Dienstleistungen werden grundsätzlich konkludent geschlossen²⁶⁹. Es greift daher die Vermutung, dass die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist.

Folglich können die Anbieter standortbezogener Mobilfunkdienstleistungen allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam einbeziehen, indem sie sie im Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post veröffentlichen und in ihren Geschäftsstellen bereithalten, sofern die Nutzer mit ihrer Geltung einverstanden sind.

Fraglich ist, unter welchen Umständen das Einverständnis der Nutzer im Sinne von § 305 a BGB vorliegt. Denn die Tatsache, dass bei § 305 a BGB im Gegensatz zu § 305 II BGB nicht nur kein Erfordernis der Kenntnisverschaffung, sondern auch keine Hinweispflicht auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen besteht, impliziert, dass das Einverständnis gegeben werden kann, ohne dass ein Hinweis von Anbieterseite auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen vorliegt. Ist dies der Fall, wird der Nutzer sich aber

²⁶⁶ Vertragsgegenstand ist die Erbringung einer standortbezogenen Information, hierzu näher Punkt 2.2.

²⁶⁷ Mehrwertdienste sind Dienste, die über die bloße Telefonverbindung hinaus einen Mehrwert in Form bestimmter Inhalte vermitteln, beispielsweise über 0190-Nummern oder die Telefonauskunft.

²⁶⁸ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 153, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>; Basedow, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 305 a Rn. 15.

²⁶⁹ Hierzu unter Punkt 2.1.3.

regelmäßig keine Gedanken über das Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen machen. Das hieße, dass allgemeine Geschäftsbedingungen Bestandteil eines Vertrages werden könnten, ohne dass der Nutzer sich dessen bewusst, geschweige den damit einverstanden ist. Diese Konstellation ist aber nur dann vorstellbar, wenn in der schweigenden Entgegennahme der Leistung durch den Nutzer eine stillschweigende Einverständniserklärung im Sinne von § 305 a BGB zu sehen wäre. Dies widerspricht jedoch dem im Rahmen des § 305 a BGB geltenden Konsensualprinzip der §§ 145 ff BGB²⁷⁰, das nach Ansicht von Bundesrat und Rechtsausschuss gerade durch die Formulierung „mit ihrer Geltung einverstanden“ deutlicher herausgestellt werden sollte als durch die zuvor geltende Formulierung „gelten als einbezogen“²⁷¹. Da also bewusst der Wortlaut des § 305 a BGB dem des § 305 II letzter Halbsatz BGB angeglichen wurde, genügt folglich die bloße Entgegennahme der Leistung nicht, um das Einverständnis des Nutzers mit der Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters anzunehmen. Daran ändert auch die öffentliche Bekanntmachung in den Fällen des § 305 a Nr. 2 BGB nichts, da der Gesetzgeber in der Begründung zur Einschränkung der Ausnahme für Telekommunikationsdienstleistungen selbst darauf verweist, dass dem Kunden das Amtsblatt der Regulierungsbehörde regelmäßig nicht zur Verfügung steht²⁷². Der einzelne Anbieter muss folglich das Einverständnis seiner Nutzer im Hinblick auf seine allgemeinen Geschäftsbedingungen einholen, beispielsweise indem er in den Abwicklungsvorgang eine Stufe einbaut, auf der der Nutzer nach seinem Einverständnis zur Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen gefragt wird, das er durch Drücken einer Taste geben kann. Darin liegt zwangsläufig ein Hinweis auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters, im Unterschied zu § 305 II Nr. 1 BGB muss der Hinweis jedoch nicht ausdrücklich gegeben werden, die Anforderungen an die Deutlichkeit des Hinweises sind folglich nicht so hoch sind wie bei § 305 II Nr. 1 BGB²⁷³. Da beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste jedoch

²⁷⁰ Basedow, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 305 a Rn. 3.

²⁷¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 9.10.2001, BT-Drucksache 14/7052, S. 188, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/070/1407052.pdf>. Zum ursprünglichen Wortlaut siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 9.10.2001, BT-Drucksache 14/7052, S. 17, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/070/1407052.pdf>.

²⁷² Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 152, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>.

²⁷³ Ein ausdrücklicher Hinweis im Sinne von § 305 II Nr. 1 BGB liegt nur dann vor, wenn er vom Verwender bei Vertragschluss unmissverständlich und für den Kunden klar erkennbar geäußert worden ist. Für den Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs bedeutet dies, dass der Hinweis auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen so platziert sein muss, dass der Nutzer ihn vor Vertragschluss ohne weiteres findet. Dazu unter Punkt 5.1.1.

keine andere Möglichkeit vorstellbar ist, als das Einverständnis des Nutzers im Rahmen des Anforderungsvorganges einzuholen, ergibt sich in diesem besonderen Fall kein Unterschied zu den Anforderungen des § 305 II Nr. 1 BGB.

Bei den untersuchten Anbietern wird im Rahmen des Anforderungsvorgangs keine dementsprechende Frage nach dem Einverständnis des Nutzer gestellt. Nach § 305 a Nr. 2 b BGB werden allgemeine Geschäftsbedingungen folglich derzeit nicht wirksam einbezogen.

5.1.3 Allgemeine Geschäftsbedingungen als Rahmenvereinbarung

Gemäß § 305 III BGB besteht aber die Möglichkeit, für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in § 305 II BGB bezeichneten Erfordernisse im Voraus zu vereinbaren. Die Vereinbarung ist als Dauerschuldverhältnis eigener Art anzusehen, gerichtet auf die Festlegung eines durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen konkretisierten Vertragsrahmens²⁷⁴.

Eine Rahmenvereinbarung kann nach § 305 III BGB nur auf die Geltung bestimmter allgemeiner Geschäftsbedingungen gerichtet sein. Nicht möglich ist folglich, die allgemeinen Geschäftsbedingungen „in ihrer jeweils geltenden Fassung“ den künftigen Geschäften zugrunde zu legen²⁷⁵. Der Anbieter könnte also die zum Zeitpunkt der Vereinbarung des Rahmenvertrages mit dem jeweiligen Nutzer geltenden allgemeinen Geschäftsbedingungen einbeziehen.

Weiterhin setzt eine gültige Rahmenvereinbarung nach § 305 III BGB die konkrete Bezeichnung derjenigen Rechtsgeschäfte voraus, für die es zur Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verwenders kommen soll. Es ist daher nicht möglich, die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen pauschal für sämtliche zwischen Unternehmer und Verbraucher künftig zustande kommenden Verträge zu vereinbaren²⁷⁶. Es ist jedoch möglich, die Rahmenvereinbarung auf mehrere bestimmte Arten von Rechtsgeschäften zu erstrecken, soweit es sich um Rechtsgeschäfte verwandter Art handelt und die Verwendung

²⁷⁴ BGH WM 1986, S. 1194(1195); *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz, § 2 Rn. 74.

²⁷⁵ *Basedow*, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 305 Rn. 86.

²⁷⁶ *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz, § 2 Rn. 76; *Wolf*, in: *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, § 2 Rn. 53.

der gleichen allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Verwirrung stiftet²⁷⁷. Die Art eines Rechtsgeschäfts wird durch seine Rechtsnatur, seinen wirtschaftlichen Zweck und den Gegenstand seiner Hauptleistung bestimmt²⁷⁸. Rechtsnatur der Verträge über unterschiedliche standortbezogene Dienstleistungen ist entweder Dienstvertrag oder Auftrag, je nachdem, ob der Nutzer eine Gegenleistung in Form einer Gebühr zu erbringen hat oder nicht. Hinsichtlich eines Anbieters liegt aber immer nur eine der beiden Vertragsarten vor, da die untersuchten Anbieter entweder für alle von ihnen angebotenen ortsbezogenen Dienste eine Gebühr verlangen oder für keinen ihrer ortsbezogenen Dienste. Wirtschaftlicher Zweck ist dabei die Erzielung eines wirtschaftlichen Gewinns, bzw. die Kundengewinnung, je nachdem ob der Anbieter eine Gebühr für die Erbringung seiner Dienste verlangt oder nicht. Gegenstand der Hauptleistung ist bei allen Diensten die Erbringung einer ortsbezogenen Information. Es handelt sich folglich bei allen Verträgen, die ein bestimmter Anbieter mit seinen Nutzern über die Erbringung ortsbezogener Dienstleistungen schließt, um Rechtsgeschäfte gleicher Art, so dass die Verwendung gleicher allgemeiner Geschäftsbedingungen keine Verwirrung stiftet. Daher kann ein Diensteanbieter mit jedem seiner Nutzer wirksam die Geltung bestimmter allgemeiner Geschäftsbedingungen für alle künftigen Verträge über standortbezogene Dienste, die zwischen den beiden Parteien geschlossen werden, vereinbaren.

Auf diesem Wege ist folglich die Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Nutzern, die Verbraucher sind, möglich. Für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung bietet sich für den Anbieter beispielsweise an, diese mit dem Nutzer entweder auf elektronischem Wege über Internet zu schließen, da hier die Bildschirmoberfläche sehr benutzerfreundlich ist, und der Nutzer die allgemeinen Geschäftsbedingungen problemlos aufrufen, in Ruhe studieren, sie auf Diskette, CD-Rom oder Festplatte speichern und bei Bedarf ausdrucken kann. Anbieter und Nutzer können die Rahmenvereinbarung aber auch schriftlich, beispielsweise per Post, schließen, falls der Nutzer keinen Internetzugang hat.

Auch für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung gelten aber die Voraussetzungen des § 305 II BGB. Der Anbieter muss daher in der Rahmenvereinbarung ausdrücklich auf seine allgemeinen Geschäftsbedingungen und ebenso ausdrücklich darauf hingewiesen haben, dass sie für eine bestimmte Art künftiger Rechtsgeschäfte gelten sollen. Beim Vertrag-

²⁷⁷ Ulmer, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz, § 2 Rn. 76.

²⁷⁸ Wolf, in: *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, § 2 Rn. 53.

schluss über Internet würde dafür ein deutlicher Hinweis auf dem Bestellformular für ausreichend gehalten²⁷⁹. Darüber hinaus muss der Anbieter dem Nutzer die Möglichkeit zur Kenntnisnahme der allgemeinen Geschäftsbedingungen verschafft haben. Dieses Kriterium ist bei einer Vereinbarung über Internet beispielsweise dann ausreichend erfüllt, wenn der Anbieter dem Nutzer die Möglichkeit einräumt, die allgemeinen Geschäftsbedingungen herunterzuladen, lokal zu speichern und auszudrucken²⁸⁰. Ferner muss der Nutzer sein Einverständnis zur Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen erklären und dabei erkennbar zum Ausdruck bringen, dass die allgemeinen Geschäftsbedingungen über den jeweils konkreten Einzelvertrag hinaus für künftige gleichartige Verträge gelten sollen²⁸¹.

5.1.4 Wirksame Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen bei derzeit angebotenen standortbezogenen Diensten

Die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen mittels Rahmenvereinbarung kommt demzufolge nur bei Anbietern in Betracht, die als Voraussetzung für die Nutzung ihrer standortbezogenen Dienste die vorherige Anmeldung des Nutzers über Internet oder auf postalischem Wege verlangen.

Eine Registrierung über Internet ist bei den derzeit angebotenen Diensten beispielsweise bei der Inanspruchnahme standortbezogener Personenortungs-Dienste von Vodafone oder O₂ erforderlich. Im Rahmen dieser Anmeldung werden von Mobiloco, dem Kooperationspartner der beiden Anbieter im Bereich standortbezogene Personenortung, allgemeine Geschäftsbedingungen für diese standortbezogenen Dienste eingeführt²⁸².

Fraglich ist, ob diese allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam einbezogen werden gemäß § 305 III, II BGB.

²⁷⁹ Löhnig, Die Einbeziehung von AGB bei Internet-Geschäften, in: NJW 1997, S. 1688(1689); Waldenberger, Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluss von Verträgen im Internet, in: BB 1996, S. 2365(2368).

²⁸⁰ Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, § 2 Rn. 49a; Basedow, in: Münchener Kommentar, § 305 Rn. 65.

²⁸¹ Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 305 Rn. 45.

²⁸² Ausführlicher zu den standortbezogenen Personenortungsdiensten, insbesondere zu deren Abwicklung, unter Punkt 1.6.7.

Gemäß § 1 I der allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten „diese allgemeinen Geschäftsbedingungen“ für die Nutzung des standortbezogenen Personenortungsdienstes²⁸³. Damit wird die Geltung bestimmter allgemeiner Geschäftsbedingungen zugrunde gelegt und nicht auf die jeweils geltende Fassung verwiesen. Gemäß § 8 der allgemeinen Geschäftsbedingungen behält Mobiloco sich zwar vor, die vereinbarten Geschäftsbedingungen jederzeit ändern zu können. Dem Nutzer werden diese Änderungen jedoch mitgeteilt und er hat die Möglichkeit, ihnen innerhalb einer Frist von zwei Wochen mit Schreiben an die unter § 1 III der allgemeinen Geschäftsbedingungen angegebene Adresse zu widersprechen. Widerspricht der Nutzer nicht, gelten die geänderten Geschäftsbedingungen als angenommen. Werden die allgemeinen Geschäftsbedingungen daher durch ein Änderungsangebot von Mobiloco und die konkludente Annahme des nicht widersprechenden Nutzers modifiziert, so wird eine neue Rahmenvereinbarung abgeschlossen bzw. die bereits geschlossene vertraglich geändert. Ein Verstoß gegen § 305 III BGB liegt damit nicht vor.

Des Weiteren werden die Rechtsgeschäfte, für die die allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten sollen, konkret bezeichnet. Nach § 1 I, II der allgemeinen Geschäftsbedingungen sind die allgemeinen Geschäftsbedingungen die Regeln, unter denen der Buddy Alert²⁸⁴, der die Bereitstellung ortsbezogener Informationen beinhaltet, genutzt werden kann. Sie gelten folglich für jeden Buddy-Alert-Ortungsdienst. Es handelt sich also um bestimmte allgemeine Geschäftsbedingungen, die für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften gelten. Der Hinweis auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen ist auch deutlich auf dem Bestellformular aufgeführt und der Nutzer muss durch Anklicken eines Felds signalisieren, dass er sein Einverständnis zur Geltung für alle künftigen Verträge über den Personenortungsdienst, die zwischen den Parteien geschlossen werden, erklärt. Der Nutzer hat ausreichend Möglichkeit zur Kenntnisnahme der allgemeinen Geschäftsbedingungen, da er sie nach Belieben herunterladen und speichern oder ausdrucken kann. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen sind folglich wirksam einbezogen gemäß § 305 III, II BGB.

²⁸³ Der Text der allgemeinen Geschäftsbedingungen ist abrufbar unter <http://www.mobiloco.de/html/subpages/print/agb.jsp>.

²⁸⁴ Name des Personenortungsdienstes.

5.2 Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr

Neben den bereits herausgearbeiteten Nebenpflichten des Anbieters, die sich aus den für Schuldverhältnisse geltenden allgemeinen Vorschriften der §§ 311 I, II, 241 II BGB ergeben, sieht § 312 e BGB eine Reihe von Informationspflichten für Unternehmer vor, die sich eines Tele- oder Mediendienstes bedienen, um Verträge über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen abzuschließen. Durch § 312 e I BGB werden auch die Anbieter standortbezogener Mobilfunkdienste verpflichtet²⁸⁵.

Die Pflichten des § 312 e I BGB gelten nicht nur gegenüber Verbrauchern, sondern gegenüber jedem Besteller. § 312 e I Nr. 1 bis 3 BGB findet nach § 312 e II BGB allerdings keine Anwendung, wenn ein Vertrag ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen wird oder wenn Unternehmer vereinbaren, dass diese Vorschriften in ihrem wechselseitigen Verhältnis nicht gelten sollen.

Verträge über standortbezogene Dienstleistungen werden nach der derzeitigen Vorgehensweise aber nicht durch individuelle Kommunikation geschlossen, da unter individuelle Kommunikation im elektronischen Bereich nur Verträge fallen, die beispielsweise per Austausch von E-Mails oder im Rahmen eines Online-Chats²⁸⁶ geschlossen werden. Einen individuellen Charakter wird man in jedem Fall verneinen können, soweit der Diensteanbieter Bestellmasken und Autoresponder verwendet²⁸⁷. Der Nutzer muss sich bei der Anforderung ortsbezogener Dienste aber eines vorgefertigten Verfahrens und vorgegebener Begriffe bedienen, um eine Anfrage abzusenden. Er ist damit an ein einer Bestellmaske vergleichbares Schema gebunden.

Beim Vertrag über ortsbezogene Dienstleistungen können die Pflichten des § 312 e I BGB folglich nur durch Vereinbarung zwischen einem Anbieter und einem Nutzer, der Unternehmer ist, abbedungen werden. Aufgrund des automatisierten Vertragschlussverfahrens ist eine Vereinbarung über die Nichtanwendung von § 312 e I Nr. 1 bis 3 BGB bei der konkreten Vertragsabwicklung aber nicht möglich. Eine derartige Vereinbarung ist allenfalls in Form eines Rahmenvertrages, der zuvor zwischen Nutzerunternehmen und Anbieterunternehmen geschlossen wurde, vorstellbar. Liegt ein derartiger Rahmenvertrag vor, gilt neben

²⁸⁵ Hierzu unter Punkt 2.1.3.1.1.

²⁸⁶ Unterhaltung im Internet, die durch Austausch von Nachrichten, die in Dialogform eingegeben werden, nahezu ohne Zeitverzögerung stattfindet.

den allgemeinen, sich aus §§ 311 I, II, 241 II BGB ergebenden Informations- und Schutzpflichten nur § 312 e I Nr. 4 BGB. In den übrigen Fällen obliegen dem Anbieter sämtliche Pflichten des § 312 e I BGB.

Im Folgenden sollen zunächst in Punkt 5.2.1 die Pflichten, die sich aus § 312 e I BGB für einen Anbieter standortbezogener Dienste ergeben, untersucht werden. Nachfolgend werden in Punkt 5.2.2 die Rechtsfolgen der möglichen Pflichtverletzungen erörtert.

5.2.1 Verletzungen von Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr durch den Diensteanbieter

Ein vorvertragliches Schuldverhältnis gemäß § 311 II Nr. 2 BGB zwischen Anbieter und Nutzer besteht ab dem Zeitpunkt der Absendung einer Anfrage nach einem ortsbezogenen Dienst durch den Nutzer²⁸⁸. Ein vertragliches Schuldverhältnis entsteht mit dem Vertragsschluss, der durch Absendung der ortsbezogenen Information durch den Anbieter zustande kommt. Nach § 312 e I BGB obliegen dem Anbieter in diesem Zeitraum mehrere Pflichten.

5.2.1.1 Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB

Gemäß § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB muss der Anbieter angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung stellen, mit deren Hilfe der Nutzer Eingabefehler vor Abgabe seiner Bestellung erkennen und berichtigen kann. Bestellung ist dabei eine den konkreten Vertragsgegenstand betreffende Datenübermittlung²⁸⁹. Beim Vertrag über standortbezogene Dienste ist Bestellung folglich die Anforderung einer bestimmten ortsbezogenen Information durch den Nutzer, da mit dieser Datenübertragung die *essentialia negotii* endgültig festgelegt werden. Da der Vertrag erst nach Abgabe der Bestellung mit der

²⁸⁷ Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort, Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: BB-Beilage 10/2001, S. 1(25).

²⁸⁸ Hierzu näher Punkt 4.1.

²⁸⁹ Schneider, Zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, in: K&R 2001, S. 344(345); Wendehorst, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 e Rn. 63.

Absendung der gewünschten ortsbezogenen Information durch den Anbieter geschlossen wird, handelt es sich bei § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB um eine vorvertragliche Pflicht.

Der Anbieter muss die technischen Mittel vor Abgabe der Bestellung bereitstellen. Das heißt, dass sie dergestalt im Bestellvorgang selbst integriert sein müssen, dass die Erkenntnis- und Korrekturmöglichkeit vor jeder den Vertragsgegenstand betreffenden Datenübermittlung an den Unternehmer gegeben wird²⁹⁰.

Eingabeschritte, die der Nutzer bei der Anforderung eines standortbezogenen Dienstes vornimmt, sind entweder das Absenden einer SMS mit dem Schlagwort für den gewünschten Dienst oder, wenn der Nutzer die Anfrage per WAP bzw. i-mode macht, das Anklicken des Menüpunktes „Internet“ oder das Drücken der i-mode-Taste, das Auswählen der Rubrik „ortsbezogene Dienste“ und das Anfordern des gewünschten Dienstes unter dieser Rubrik. Ein Eingabefehler kann dem Nutzer dabei in mehrfacher Hinsicht unterlaufen. Zum einen kann der Nutzer bei einer Anfrage per SMS das falsche Schlagwort oder eine falsche Anbieternummer eingeben. Zum anderen kann er bei einer Anfrage per WAP oder i-mode unbeabsichtigt eine falsche Taste drücken, so dass er eine andere als die gewünschte Anfrage absendet.

Die Berichtigung dieser Fehler ist aber insoweit möglich, als der Nutzer bei der Anforderung des Dienstes per SMS einen falsch eingegebenen Anforderungsbegriff oder eine falsche Anbieternummer mittels der auf jedem Mobiltelefon existenten Korrektur- bzw. Lösch Taste löschen kann und dann die richtige Eingabe vornehmen kann. Hat der Nutzer aber die SMS abgesandt, ist eine nachträgliche Korrektur nicht mehr möglich, da die automatisierte Datei ohne Rücksicht auf nachfolgende Nachrichten die Anfrage beantwortet. Ebenso verhält es sich bei einer Anfrage per WAP oder i-mode. Auch hier kann der Nutzer seine Aktionen mittels der Korrektur- bzw. Lösch Taste rückgängig machen, jedoch nur bis zu dem Zeitpunkt, in dem er die Anfrage absendet. Damit ist aber den Forderungen des § 312 e I Nr. 1 BGB nach einer Berichtigungsmöglichkeit Genüge getan, da die Korrekturmöglichkeit bis zur Abgabe der Bestellung besteht. Der Einsatz der Korrektur- bzw. Lösch Taste stellt auch ein wirksames und jedem Nutzer zugängliches Korrekturmittel dar.

Fraglich ist allerdings, ob dem Nutzer ein geeignetes Mittel zur Verfügung steht, Eingabefehler vor Absendung der Anfrage zu erkennen. Denn der Nutzer muss vor der den konkre-

²⁹⁰ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 e Rn. 65.

ten Vertragsgegenstand betreffenden Datenübermittlung an den Anbieter noch einmal Gelegenheit bekommen, seine Erklärung insgesamt im Zusammenhang zu prüfen und diese gegebenenfalls durch Zurückblättern auf andere Seiten auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen²⁹¹. Dies könnte beispielsweise mittels einer Maske gewährleistet werden, die nach Eingabe der für die Anfrage erforderlichen Daten auf dem Display erscheint und die eingegebenen Anfragedaten nochmals im Zusammenhang zeigt. Auch wenn das Mobilfunkdisplay hierfür aufgrund seiner Größe nur beschränkt Platz bietet, so könnten dem Nutzer doch alle von ihm eingegebenen Daten im Zusammenhang gezeigt werden, indem er mit Hilfe einer Taste, der die Aufwärts/Abwärts-Funktion zugeordnet ist, seine Erklärung insgesamt noch einmal durchgehen kann. Die Anfrage nach einem ortsbezogenen Dienst wird bei allen untersuchten Anbietern jedoch direkt weggesandt, wenn der Nutzer alle dafür erforderlichen Daten eingegeben hat. Insofern liegt von Seiten der Anbieter eine Verletzung des § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB vor.

5.2.1.2 Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB

Nach § 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB müssen dem Kunden rechtzeitig vor Abgabe von dessen Bestellung die nach Art. 241 EGBGB bestimmten Informationen klar und verständlich mitgeteilt werden. Die Informationsgegenstände sind im Einzelnen in § 3 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht festgelegt, deren Grundlage Art. 241 EGBGB ist.

Gemäß § 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB müssen die Informationen dem Nutzer rechtzeitig vor Abgabe seiner Bestellung mitgeteilt werden. Bestellung im Sinne von § 312 e I BGB ist beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen die Anforderung einer bestimmten ortsbezogenen Information durch den Nutzer²⁹². Des Weiteren müssen die Informationen dem Nutzer vom Anbieter klar und verständlich mitgeteilt werden. Die Informationen sind daher so zu gestalten, dass der rechtlich nicht vorgebildete Durchschnittskunde in der Lage ist, den Inhalt der Informationen ohne Einholung von Rechtsrat zu erfassen²⁹³. Zweck dieser Bestimmungen ist, dass der Nutzer die Informationen vor Vertragschluss in zumutbarer

²⁹¹ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 e Rn 67.

²⁹² Hierzu Punkt 5.2.1.1.

²⁹³ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 e Rn. 72.

Weise zur Kenntnis nehmen und eine informierte Entscheidung treffen kann²⁹⁴. Da der Vertrag erst nach Abgabe der Bestellung mit der Absendung der gewünschten ortsbezogenen Information durch den Anbieter geschlossen wird, handelt es sich bei § 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB um vorvertragliche Pflichten.

Im Hinblick auf den Zweck des § 312 e I BGB, dem Nutzer eine informierte Entscheidung zu ermöglichen, ergeben sich bezüglich der nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 InfV erforderlichen Informationen ebenfalls bestimmte Anforderungen an einen Anbieter standortbezogener Dienste.

5.2.1.2.1 Informationen nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 1 InfV

Nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 1 InfV muss der Anbieter den Nutzer über die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragschluss führen, informieren. Mit „technische Schritte“ sind aber nicht die einzelnen Stadien moderner Datenübermittlung gemeint²⁹⁵. Vielmehr ist dem Nutzer deutlich zu machen, welche seiner Handlungen rechtliche Wirkung hervorbringen. Insbesondere ist klarzustellen, von welchem Punkt an der Nutzer einen rechtsverbindlichen Antrag abgegeben hat, und durch welche Handlung der Unternehmer zu erkennen gibt, dass er den Antrag annimmt. Bei den derzeit angebotenen ortsbezogenen Diensten findet jedoch bei keinem der Anbieter eine dementsprechende Information des Nutzers statt. Vielmehr wird bei einer Anforderung einer ortsbezogenen Information per WAP bei allen Anbietern nach mehreren Seitenaufrufen die Anfrage des Nutzers abgeschickt, ohne dass ihm zuvor mitgeteilt wird, dass er hierdurch ein rechtlich wirksames Vertragsangebot abgibt. Ebenso wird bei einer Anfrage per SMS der Nutzer nicht informiert, welche rechtlichen Konsequenzen die Absendung der SMS für ihn hat. Folglich ist die nach §§ 312 e I Nr. 2 BGB, 3 Nr. 1 InfV bestehende vorvertragliche Pflicht zur Information über alle technischen Schritte, die zum Vertragschluss führen, verletzt.

²⁹⁴ Lütcke, Fernabsatzrecht, § 312 e Rn. 42; Wendehorst, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 e Rn. 70.

²⁹⁵ Lütcke, Fernabsatzrecht, § 312 e Rn. 35.

5.2.1.2.2 Informationen nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 2 InfV

Nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 2 InfV muss der Anbieter den Nutzer darüber informieren, ob der Vertragstext nach dem Vertragschluss von dem Unternehmer gespeichert wird und ob er dem Kunden zugänglich ist. Diese Bestimmung ist missverständlich, da sich in Zusammenschau mit § 312 e I Nr. 4 BGB ergibt, dass es nicht im Belieben des Anbieters steht, ob er dem Kunden den Vertragstext zugänglich macht. Vielmehr ist er nach § 312 I Nr. 4 BGB insoweit gebunden, als er dem Nutzer die Möglichkeit verschaffen muss, die Vertragsbestimmungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern. Damit kann §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 2 InfV der Gehalt entnommen werden, dass der Anbieter den Nutzer darüber informieren muss, wie und wann der Nutzer die Vertragsbestimmungen abrufen und in wiedergabefähiger Form speichern kann²⁹⁶. Auch hinsichtlich dieser vorvertraglichen Pflicht des Anbieters liegt aber bei allen derzeit angebotenen Verträgen über standortbezogene Dienste eine Pflichtverletzung vor, da der Nutzer von keinem der untersuchten Anbieter vor Absendung seiner Anfrage besondere vorvertragliche Informationen bekommt. Vielmehr spezifiziert er seine Anfrage im WAP-Menü von Seitenaufruf zu Seitenaufruf, bis er per Tastendruck den gewünschten Dienst erreicht. Auch bei einer Anforderung der ortsbezogenen Information per SMS erhält der Nutzer keine Informationen des Anbieters, bevor er seine Anfrage absendet, da er lediglich einen vorgegebenen Suchbegriff eingibt, und dann ohne weiter informiert zu werden die gewünschte Information zugesandt bekommt.

5.2.1.2.3 Informationen nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 3 InfV

Gemäß §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 3 InfV muss der Anbieter den Nutzer darüber informieren, wie er mit den gemäß § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB zur Verfügung gestellten technischen Mitteln Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkennen und berichtigen kann. Da angemessene, wirksame und zugängliche Mittel im Sinne von § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB definitionsgemäß eben nicht angemessen sind, wenn sie zu kompliziert sind, als dass sie der durchschnittliche, in Mobilfunkfragen nicht überdurchschnittlich bewanderte Nutzer verstehen und gebrauchen könnte, hat diese Vorschrift keinen sehr hohen Regelungsgehalt. Ausreichend ist es daher, wenn sich dem durchschnittlichen verständigen Nutzer aufgrund

der Programmführung sowie der Anordnung und Beschriftung der Schaltflächen der Weg zu einer Korrektur aufdrängen muss²⁹⁷. Bei dem Löschen einer Eingabe mittels der Korrektur- bzw. Lösch Taste handelt es sich um eine Basisfunktion jedes Mobilfunkgeräts, die jedem Nutzer bekannt sein muss, da er diese auch zum Rückwärtsgehen im Menü oder zum Auflegen nach einem Telefongespräch benötigt. Beim Vertrag über standortbezogenen Dienste ergibt sich folglich keine Pflicht des Anbieters, den Nutzer explizit über die Funktionsweise der Korrekturmöglichkeit aufzuklären, da es sich um eine dem Nutzer bekannte Basisfunktion handelt.

5.2.1.2.4 Informationen nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 4 InfV

Überdies muss der Anbieter den Nutzer gemäß §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 4 InfV über die für den Vertragschluss zur Verfügung stehenden Sprachen informieren. Eine Verpflichtung, den Vertragschluss in einer bestimmten Sprache bzw. in mehreren Sprachen zu ermöglichen, wird dabei weder von § 312 e BGB noch von einer anderen Vorschrift begründet²⁹⁸. Zweck der Vorschrift ist somit lediglich zu verhindern, dass der Nutzer ohne Not in einer ihm schwer verständlichen Sprache kontrahiert, obwohl beispielsweise auch seine Muttersprache verfügbar gewesen wäre²⁹⁹.

Die in der vorliegenden Arbeit untersuchten Anbieter bieten ihre standortbezogenen Dienste bislang ausschließlich im Inland und in deutscher Sprache an. Streng nach dem Wortlaut des §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 4 InfV müssten die Anbieter den Nutzern also anzeigen, dass die Dienste nur in deutscher Sprache erhältlich sind. Dies wird von keinem der untersuchten Anbieter getan. Da der Zweck der Vorschrift, nämlich dem Nutzer die Wahl der ihm am verständlichsten Sprache für den Vertragschluss zu ermöglichen, aber ohnehin nicht erreichbar ist, da keine Wahlmöglichkeit bezüglich der Sprache besteht, wäre eine derartige Information von Seiten des Anbieters sinnlose Förmerei³⁰⁰. Eine Pflicht zur Anzeige der möglichen Sprachen besteht folglich nur, wenn mehrere Sprachen zum Vertrag-

²⁹⁶ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 e Rn. 81.

²⁹⁷ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 e Rn. 84.

²⁹⁸ Grigoleit, *Besondere Betriebsformen im BGB*, in: NJW 2002, S. 1151(1158).

²⁹⁹ Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort, *Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr*, in: BB-Beilage 10/2001, S. 1(24).

³⁰⁰ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 e Rn. 87.

schluss zur Auswahl stehen. In der Nichtanzeige der zur Verfügung stehenden Sprache bei den derzeit angebotenen Diensten liegt folglich keine Pflichtverletzung.

5.2.1.2.5 Informationen nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 5 InfV

Schließlich muss der einzelne Anbieter jeden seiner Nutzer gemäß §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 5 InfV über sämtliche einschlägigen Verhaltenskodizes, denen er sich unterwirft, sowie die Möglichkeit eines elektronischen Zugangs zu diesen Regelwerken unterrichten. Die Verhaltenskodizes sind Verhaltensregelwerke, denen sich der Unternehmer unabhängig vom Vertragschluss mit dem einzelnen Kunden freiwillig unterwirft, um damit im Wettbewerb eine besondere Unternehmens- oder Produktqualität dokumentieren zu können³⁰¹. Keiner der untersuchten Anbieter weist jedoch den Nutzer vor Abgabe von dessen Bestellung auf Verhaltensregelwerke hin, denen er sich unterstellt hat.

Es ist aber auch nicht ersichtlich, dass es beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste derartige Kodizes gibt. Eine Art Gütesiegel, das die Einhaltung eines gewissen Standards garantiert, wie beispielsweise der Umweltengel oder das Fair-Trade-Zeichen, existiert im Bezug auf standortbezogene Dienste, bzw. allgemein in Bezug auf WAP-, i-mode- oder SMS-Dienste im Mobilfunkbereich derzeit noch nicht. Auch ein spezielles Berufs- oder Standesrecht, wie es beispielsweise Handwerksinnungen vorschreiben, gibt es für Mobilfunkdienstleister nicht. Folglich liegt bezüglich §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 5 InfV keine Pflichtverletzung von Seiten der untersuchten Anbieter vor, denn eine Verpflichtung, eine entsprechende Anzeige abzugeben, bestünde für sie nur dann, wenn sie einem Verhaltenskodex unterworfen wären³⁰².

³⁰¹ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 1171, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>; Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 19, Rn. 73.

³⁰² Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, BGB-InfoV § 3 Rn. 6.

5.2.1.3 Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 3 BGB

Nach § 312 e I S. 1 Nr. 3 BGB hat der Anbieter standortbezogener Mobilfunkdienste die Pflicht, dem Nutzer den Zugang von dessen Bestellung unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen. Die Bestätigung ist eine geschäftsähnliche Handlung und keine Willenserklärung³⁰³. Sie ist zu unterscheiden von der Vertragsannahmeerklärung und fällt beim Vertrag über standortbezogene Dienste per Mobiltelefon auch nicht mit dieser zusammen, da die Annahme des Vertragsangebots konkludent mit der Absendung der gewünschten Information erfolgt³⁰⁴.

Die Bestätigung muss auf elektronischem Wege erfolgen. Beim Vertrag über standortbezogene Dienste könnte die Empfangsbestätigung nach § 312 e I S. 1 Nr. 3 BGB entbehrlich sein, da gemäß Erwägungsgrund 34 Satz 5 ECRL bei elektronischem Geschäftsverkehr die Empfangsbestätigung durch den Diensteanbieter darin bestehen kann, dass dieser die bezahlte Dienstleistung online erbringt. Standortbezogene Dienste sind jedoch Dienstleistungen, die erst nach Erbringung des Dienstes mit der nächsten Mobiltelefonrechnung bezahlt werden. Die Empfangsbestätigung ist daher nicht entbehrlich.

Wird die Pflicht nach § 312 e I Nr. 3 BGB ordnungsgemäß erfüllt, so erfolgt die Zugangsbestätigung regelmäßig vor der Vertragsannahme, da der Zugang der Bestellung unverzüglich bestätigt werden muss. Es handelt sich daher bei § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB um eine vorvertragliche Pflicht.

Der Begriff „unverzüglich“ wird in § 121 I S. 1 BGB mit „ohne schuldhaftes Zögern“ legaldefiniert. Nach allgemeiner Ansicht gilt diese Definition für das gesamte Privatrecht³⁰⁵. Zwar ist § 312 e I S. 1 Nr. 3 BGB aus einer europarechtlichen Vorschrift entstanden, so dass sie eigentlich nicht mittels nationalem Recht ausgelegt werden kann. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Definition des § 121 I BGB so weit gefasst ist, dass mit ihrer Anwendung nicht gegen europarechtliche Vorgaben verstoßen wird³⁰⁶.

³⁰³ Hierzu ausführlicher Punkt 2.1.3.1.2.

³⁰⁴ Hierzu Punkt 2.1.3.3.

³⁰⁵ BAG DB 1988, S. 2107(2107); *Heinrichs*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 121 Rn. 3.

³⁰⁶ *Marly*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Band III, A 4, Art. 11 ECRL, Rn. 6 (18. EL Mai 2001).

Unverzüglich ist aber nicht gleichbedeutend mit sofort, sondern dem Erklärungsempfänger steht eine nach den Umständen des Falles angemessene Überlegungsfrist zu³⁰⁷. Im Rahmen des § 312 e I Nr. 3 BGB erscheint eine Überlegungsfrist aber schon nach den Voraussetzungen dieser Norm generell nicht erforderlich, da lediglich eine Tatsache, nämlich der Zugang der Bestellung bestätigt werden soll. Ein zeitlicher Spielraum, in dem der Angebotsempfänger Überlegungen anstellen und eine Entscheidung fällen kann, ist daher nicht erforderlich. Zudem werden speziell bei ortsbezogenen Dienstleistungen die Nutzeranfragen durch eine automatisierte Datei bearbeitet, von der die Information automatisch an den Nutzer weitergegeben wird, soweit sie in der Datei vorhanden ist und der Nutzer nicht durch ein dateieigenes Aussonderungsraster fällt. Es ist daher gerade Kennzeichen der ortsbezogenen Dienste über Mobiltelefon, dass keine individuellen Überlegungen mehr angestellt werden. In dem speziellen Fall der Zugangsbestätigung nach § 312 e I Nr. 3 BGB bei ortsbezogenen Dienstleistungen über Mobiltelefon bedeutet unverzüglich also unmittelbar nach Zugang des Vertragsangebotes. Für die Vertragsannahme bleibt dem Diensteanbieter hingegen, wie dargestellt, ein längerer Zeitraum, da der Nutzer zumindest so lange an sein Vertragsangebot gebunden ist, wie die Übermittlung und Bearbeitung der Anfrage sowie das Aussondern und Absenden der Antwort dauert³⁰⁸.

Auf elektronischem Wege wäre die Bestätigung erbracht, wenn sie beispielsweise per E-Mail, Telefonanruf oder SMS erfolgen würde. Da aber ortsbezogene Dienste über Mobiltelefon typischerweise zeitnah an einen Nutzer erbracht werden sollen, der nicht an seinem fest installierten Computer sitzt, sondern der unterwegs ist, wäre eine Bestätigung per E-Mail nur dann zweckmäßig, wenn der Nutzer über sein Mobiltelefon E-Mails empfangen kann. Denn gerade weil die standortbezogenen Dienste auf den mobilen Nutzer an seinem jeweiligen Aufenthaltsort zugeschnitten sein sollen, muss auch die Bestätigung im Sinne des § 312 e I S. 1 Nr. 3 BGB auf diese Mobilität zugeschnitten sein und daher auf das Mobiltelefon des Nutzers erfolgen. Andernfalls würde der Zweck dieser Vorschrift, den Nutzer über den Eingang seiner Bestellung zu informieren, nicht erreicht.

Keiner der untersuchten Anbieter sendet aber derzeit bei einer Anfrage nach einem standortbezogenen Dienst dem anfragenden Nutzer eine Zugangsbestätigung zu. Somit liegt hinsichtlich § 312 e I S. 1 Nr. 3 BGB eine Pflichtverletzung von Seiten der Anbieter vor.

³⁰⁷ *Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, § 121 Rn. 3.

³⁰⁸ Hierzu Punkt 2.1.3.4.

5.2.1.4 Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB

5.2.1.4.1 Vertragsbestimmungen beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste

Schließlich muss der Anbieter dem Nutzer gemäß § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB die Möglichkeit verschaffen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern. Hierbei handelt es sich dem Wortlaut nach nicht explizit um eine vorvertragliche Pflicht. Die Formulierung „bei Vertragschluss“ legt vielmehr nahe, dass dem Nutzer eine angemessene Zeitspanne eingeräumt werden muss, die spätestens mit Zugang der Vertragsannahmeerklärung beginnt und frühestens nach vollständiger Leistungserbringung endet³⁰⁹. Die Tatsache, dass bei dieser Vorschrift im Gegensatz zu den anderen Bestimmungen des § 312 e I S. 1 BGB nicht ausdrücklich festgelegt ist, dass es sich um eine vorvertragliche Pflicht handelt, spricht in Zusammenhang mit dem Zweck der Vorschrift, dem Nutzer die nachvertragliche Rechtsverfolgung zu erleichtern, ebenfalls eher dafür, dass es sich um eine nachvertragliche Pflicht handelt.

Als individuelle Vertragsbestimmungen müssen dabei zumindest die *essentialia negotii* aufgenommen werden, also die Einigung über Leistung, Gegenleistung und die Vertragsparteien, daneben aber auch die übrigen getroffenen Vereinbarungen³¹⁰. Fraglich ist, welche Vertragsabreden beim Vertrag über standortbezogene Dienste per Mobiltelefon in der derzeit angebotenen Form getroffen werden.

Bei der Inanspruchnahme eines Dienstes über WAP oder i-mode fordert der Nutzer die Ortsinformation an, indem er im Menü von Unterpunkt zu Unterpunkt seine Anfrage spezifiziert. Es werden daher keine über die *essentialia negotii* hinausgehenden Vereinbarungen getroffen. Auf diesem Weg erfolgt lediglich eine Einigung über den Leistungsgegenstand und die Vertragsparteien. Die einzige Möglichkeit für darüber hinausgehende Vereinbarungen bestünde darin, auf dem Wege eines Rahmenvertrages derartige Regelungen zu

³⁰⁹ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, § 312 e Rn. 108.

treffen bzw. allgemeine Geschäftsbedingungen mit einzubeziehen. Diese Rahmenvereinbarungen könnten ebenso wie die Anmeldung, die einige Anbieter vor Nutzung ihrer ortsbezogenen Dienste verlangen, über Internet abgewickelt werden.

Ebenso wie bei einer Anfrage über WAP werden bei einer Anfrage per SMS keine zusätzlichen Vereinbarungen getroffen, vielmehr erhält der Nutzer auf seine Anfrage hin vom Anbieter die gewünschte Information, ohne dass weitere Daten zwischen den Parteien ausgetauscht werden.

5.2.1.4.2 Abrufbarkeit und Speicherbarkeit der Vertragsbestimmungen

Zu untersuchen bleibt daher bei den derzeit angebotenen Diensten, ob der Nutzer die *essentia negotii* als getroffene Vertragsvereinbarungen bei Vertragschluss abrufen und in wiedergabefähiger Form speichern kann. Im Rahmen des § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB, der Teil der Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr ist, muss damit die Möglichkeit eines elektronischen Abrufs oder eine automatische Zusendung auf elektronischem Wege gemeint sein³¹¹. Ebenso ergibt sich aus dem Kontext heraus, dass eine geschlossene Zusammenstellung aller getroffenen Vereinbarungen gemeint sein muss, da die Möglichkeit des Stückweise-Abrufs diese Vorschrift auf die bare Selbstverständlichkeit reduzieren würde, dass Vertragsbestandteil nur Bestimmungen werden können, die beiden Vertragsparteien zugänglich sind.

Diese Zusammenstellung muss, ebenfalls in elektronischer Form, wiedergabefähig speicherbar sein. Fraglich ist, was unter „in wiedergabefähiger Form zu speichern“ im Sinne des § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB zu verstehen ist. Nach einhelliger Meinung in der Literatur ist es bei elektronischen Geschäften über Internet ausreichend, wenn die Vertragsvereinbarungen für den Nutzer während des Bestellvorgangs zum Herunterladen und Speichern zur Verfügung stehen, da der Nutzer dann die Möglichkeit hat, diese Daten zu speichern und zu reproduzieren³¹².

³¹⁰ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, § 312 e Rn. 100.

³¹¹ Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort, Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: BB-Beilage 10/2001, S. 1(24); Wendehorst, in: *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, § 312 e Rn. 105.

³¹² Glatt, Vertragschluss im Internet, in: ZUM 2001, S. 390(391); Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort, Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: BB-Beilage 10/2001, S. 1(24); Boente/Riehm, Besondere Vertriebsformen im BGB, in: Ju-

Bei Verträgen über standortbezogene Dienstleistungen, die über WAP abgewickelt werden, ist die Möglichkeit des Herunterladens von Daten durch Anklicken eines Links aber nicht ausreichend, um die Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB zu erfüllen, weil der Nutzer sie so nicht wiedergabefähig speichern kann.

Der Anbieter könnte dem Nutzer die maßgeblichen Vereinbarungen aber per SMS zusenden. Problematisch ist dabei jedoch, dass maximal 160 Zeichen pro SMS übersandt werden können. Dies reicht kaum für die Übermittlung der *essentialia negotii*, eine Mitteilung umfangreicherer Vertragsbestimmungen ist damit aber praktisch unmöglich. Zudem können SMS zwar gespeichert werden, die Speicherkapazität eines Mobiltelefons ist aber sehr begrenzt, wodurch eine längerfristige Speicherung unmöglich wird. Die Zusendung der Vertragsvereinbarungen per SMS stellt daher für den Anbieter ebenfalls kein taugliches Mittel dar, um seine Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB zu erfüllen.

Zwar wird SMS in nicht allzu ferner Zukunft von EMS (Enhanced Message Service) und MMS (Multimedia Message Service) – über beide können formatierte Texte ohne Beschränkung auf 160 Zeichen, Töne, kleine Animationen oder Bilder verschickt werden – ersetzt werden, trotzdem bleibt abzuwarten, ob und wie EMS und MMS dem Nutzer eine dauerhafte Speicherung ermöglichen. Außerdem muss der Nutzer, um diese Kommunikationsformen nutzen zu können, ein Mobilgerät besitzen, das die entsprechende Infrastruktur aufweist, derzeit kann aber noch nicht von einer die Mehrheit der Nutzer abdeckenden Verwendung derartig ausgestatteter Mobilgeräte ausgegangen werden. Über Mobiltelefon ist die Erfüllung der Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB nach dem momentanen Stand der Entwicklung daher nicht möglich.

Es wäre dem Anbieter allenfalls möglich, seine Pflichten über ein anderes elektronisches Medium, nämlich das Internet, zu erfüllen. Der Anbieter könnte dem Nutzer beispielsweise eine E-Mail mit den Vertragsbestimmungen zusenden, die der Nutzer speichern oder ausdrucken kann. Auch dies funktioniert aber nur dann, wenn der Nutzer eine E-Mail-Adresse und Zugang zum Internet hat und ist selbst dann unpraktisch, da der Anbieter dazu die E-Mail-Adresse des Nutzers benötigt. Diese müsste ihm eventuell ebenfalls über Internet im Vorfeld der Erbringung ortsbezogener Dienste mitgeteilt werden. Die Angabe seiner E-Mail-Adresse könnte vom Nutzer bei der Anmeldung zur Nutzung ortsbezogener Dienste vom einzelnen Anbieter verlangt werden, eine derartige Anmeldung als Voraussetzung für

die Nutzung der Dienste sehen aber von den untersuchten Anbietern derzeit nur Wenige vor. Grundsätzlich würde dieses Vorgehen also einen zwar umständlichen aber gangbaren Weg für den Anbieter darstellen, die Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB zu erfüllen. Damit würde auch der Zweck des § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB erreicht, den Nutzer über die aufgrund der getroffenen Vereinbarungen bestehende Rechtslage zu informieren, nicht zuletzt um ihm damit im Falle auftretender Leistungsstörungen Rüstzeug an die Hand zu geben, um gegen den Anbieter vorgehen zu können.

Eine Mitteilung der Vertragsvereinbarungen vor Erbringung der einzelnen Dienste mittels Rahmenvereinbarung stellt hingegen keine Lösung dieses Problems dar, da die *essentialia negotii* je nach angefordertem Dienst unterschiedlich sind und daher keine pauschale Einigung vor Abschluss der einzelnen Verträge möglich ist.

Die Anforderungen, die soeben bezüglich Abrufbarkeit und Speicherung in wiedergabefähiger Form herausgearbeitet wurden, werden bislang von keinem der untersuchten Anbieter ortsbezogener Dienstleistungen erfüllt, da der Nutzer im Rahmen der Abwicklung des Geschäfts über Mobiltelefon keine Möglichkeit hat, Daten, die die getroffenen Vereinbarungen betreffen, abzurufen. Er bekommt die nach § 312 I S. 1 Nr. 4 BGB geschuldeten Informationen auch nicht vom jeweiligen Anbieter zugesandt. Bezüglich der Pflichten nach § 312 I S. 1 Nr. 4 BGB liegt folglich eine Pflichtverletzung von Seiten der untersuchten Anbieter vor.

5.2.1.5 Zusammenfassung

Bei der Erbringung ihrer standortbezogenen Dienstleistungen verletzen die in dieser Arbeit untersuchten Anbieter zahlreiche Pflichten, die ihnen nach § 312 e I S. 1 BGB im elektronischen Geschäftsverkehr obliegen.

Zum einen stellt keiner der Anbieter seinen Nutzern geeignete Mittel im Sinne von § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB zur Verfügung, mit deren Hilfe die Nutzer vor Abschicken ihrer Anfrage Eingabefehler erkennen könnten.

Darüber hinaus geben die Anbieter den Nutzern keine der Informationen, die sie ihnen nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 InfV vor Abschicken der Nutzeranfrage zukommen lassen müssten.

So werden die Nutzer weder gemäß §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 1 InfV über die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragschluss führen, informiert, noch darüber, wie und wann der Vertragstext nach dem Vertragschluss für den Kunden abrufbar und in wiedergabefähiger Form speicherbar ist, §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 2 InfV.

Keine Pflichtverletzungen bestehen hingegen bezüglich der Pflichten nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 3-5 InfV. Hinsichtlich der Pflicht, den Nutzer darüber zu informieren, wie er mit den gemäß § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB zur Verfügung gestellten technischen Mitteln Eingabefehler vor Absendung seiner Anfrage erkennen und berichtigen kann, §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 3 InfV, besteht keine Informationspflicht beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen, weil der Nutzer Eingabefehler mittels der Löschaste seines Mobiltelefons korrigieren kann, die eine Basisfunktion seines Mobilgeräts darstellt, so dass ihre Bekanntheit beim Nutzer vorausgesetzt werden kann.

Hinsichtlich §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 4 InfV ist die Information entbehrlich, weil die Anbieter derzeit ihre Dienste nur in deutscher Sprache zur Verfügung stellen und daher ein Beharren auf der Informationspflicht sinnlose Förmerei wäre.

Und hinsichtlich §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 5 InfV schließlich besteht keine Informationspflicht für die Anbieter ortsbezogener Dienste, da sie keinen Verhaltenskodizes unterworfen sind, auf die sie hinweisen müssten.

Hinsichtlich § 312 e I Nr. 3 BGB liegt eine Pflichtverletzung von Seiten der untersuchten Anbieter vor, da keiner von ihnen derzeit bei einer Anfrage nach einem standortbezogenen Dienst dem anfragenden Nutzer eine Zugangsbestätigung zusendet.

Schließlich erfüllt auch keiner der Anbieter die Anforderungen, die gemäß § 312 I S. 1 Nr. 4 BGB bezüglich der Abrufbarkeit der Vertragsvereinbarungen durch die Nutzer und deren Speicherung in wiedergabefähiger Form bestehen.

5.2.2 Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung im elektronischen Geschäftsverkehr

Fraglich ist, welche Folgen ein Verstoß gegen die Pflichten des § 312 e I S. 1 BGB durch die Anbieter standortbezogener Dienste nach sich zieht.

§ 312 e III S. 2 BGB sieht vor, dass eventuelle Fristen zur Ausübung eines Widerrufsrechts bei Nichterfüllung der Pflichten nach § 312 e I S. 1 BGB nicht zu laufen beginnen. Das Widerrufsrecht erlischt dann gemäß § 355 III S. 1 BGB spätestens sechs Monate nach Vertragschluss.

Bis auf den Aufschub des Fristbeginns in § 312 e III S. 2 BGB enthält § 312 e BGB keine weiteren Sanktionen bei einem Verstoß gegen die in § 312 I S. 1 BGB geregelten Pflichten. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein solcher Verstoß folgenlos bleiben muss. § 312 e BGB enthält nämlich in dieser Hinsicht keine abschließende Regelung. Vielmehr hat der Gesetzgeber bewusst von einer Normierung weiterer Sanktionen abgesehen. Denn da die in § 312 e I S. 1 BGB aufgeführten Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr von unterschiedlicher Bedeutung sind, wäre eine einheitliche Rechtsfolge nicht sachgerecht³¹³. Die Sanktionen für den Fall des Verstoßes gegen § 312 e I S. 1 BGB richten sich vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts³¹⁴.

Nach dem Willen des Gesetzgebers nicht in Betracht kommt die Nichtigkeit des Vertrages als Rechtsfolge einer Verletzung der Pflichten nach § 312 e I S. 1 BGB, weil der Kunde in diesem Fall nicht einmal einen Anspruch auf nachträgliche Information hätte. Dies würde aber den Schutzzweck der Vorschrift, dem Nutzer eine informierte Entscheidung zu ermöglichen, in sein Gegenteil verkehren³¹⁵. Entsprechend diesem Schutzzweck des § 312 e BGB und dem Willen des Gesetzgebers macht es hingegen Sinn, Kunden im elektronischen Geschäftsverkehr einen Anspruch auf nachträgliche Information aus § 242 BGB

³¹³ Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 19 Rn. 79.

³¹⁴ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 173, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>.

³¹⁵ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 173, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>; Grigoleit, Rechtsfolgenspezifische Analyse besonderer Informationspflichten am Beispiel der Reformpläne für den E-Commerce, in: WM 2001, S. 597(600); Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 19 Rn. 80.

zu gewähren. Bezüglich der Informationspflichten kann der Nutzer daher aus dem wirksam abgeschlossenen Vertrag verlangen, dass die Informationspflichten nachträglich erfüllt und die Vertragsbedingungen in wiedergabefähiger Form übersandt werden, falls dies für ihn noch von Interesse ist³¹⁶. Beim Vertrag über standortbezogene Dienste ist dies vor allem in Hinblick auf eine Verletzung der Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB iVm §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 2 InfV relevant, da der Nutzer an diesen Informationen zum Zwecke der nachvertraglichen Rechtsverfolgung interessiert sein könnte.

Darüber hinaus begründen Verstöße gegen § 312 e I S. 1 BGB auch die Möglichkeit einer Unterlassungsklage nach § 2 I, II Nr. 2 UKlaG. Denn diese Pflichtverletzungen sind bei Verbraucherverträgen im elektronischen Geschäftsverkehr ein Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz, § 2 II Nr. 2 UKlaG, welcher einen Unterlassungsanspruch nach § 2 I UKlaG begründet³¹⁷.

Dieser Anspruch steht nach § 3 UKlaG qualifizierten Verbraucherschutzverbänden im Sinne von § 4 UKlaG zu, ferner größeren Vereinigungen von Gewerbetreibenden, die sich zur Förderung gewerblicher Interessen zusammengeschlossen haben, sowie den Industrie- und Handelskammern und den Handwerkskammern.

Überdies kann ein Unterlassungsanspruch nach §§ 1, 13 UWG bestehen. Da sich der Anbieter durch die Missachtung der Informationspflichten einen zumindest formalen Wettbewerbsvorteil verschafft, der gesetzeswidrig ist, stellt eine systematische Verletzung der Pflichten des § 312 e I S. 1 BGB, wie sie die Anbieter standortbezogener Dienste derzeit betreiben, auch einen Verstoß gegen die Grundsätze des lauterer Wettbewerbs dar³¹⁸. Einschlägig kann hier vor allem die Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“ sein, die allerdings über die bloße Pflichtverletzung hinaus noch voraussetzt, dass der Unternehmer bewusst und planmäßig handelt und sich durch die Pflichtverletzung einen sachlich unge-

³¹⁶ Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 19 Rn. 83; Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 173, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>.

³¹⁷ Boente/Riehm, Besondere Vertriebsformen im BGB, in: Jura 2002, S. 222(229); Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 19 Rn. 83; Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 173, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>.

³¹⁸ Grigoleit, Rechtsfolgenspezifische Analyse besonderer Informationspflichten am Beispiel der Reformpläne für den E-Commerce, in: WM 2001, S. 597(599); Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 173, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>;

rechtfertigten Vorteil gegenüber Mitbewerbern verschaffen will³¹⁹. Nur wenn einem Anbieter ein planmäßiges Handeln in diesem Sinne nachgewiesen werden kann, besteht ein Unterlassungsanspruch nach § 13 UWG.

Klagebefugt sind hier neben den in § 13 II Nr. 3-4 UWG genannten Verbraucherschutzverbänden sowie Industrie- und Handelskammern und den Handwerkskammern auch einzelne Mitbewerber, § 13 II Nr. 1 UWG.

5.2.2.1 Besondere Rechtsfolgen der Verletzung vorvertraglicher Pflichten

5.2.2.1.1 Anfechtungsrechte des Nutzers

Teilweise kann die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht durch den Anbieter den Nutzer zu einer Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB berechtigen.

Zum einen könnte eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums nach § 119 I 1. Alt BGB möglich sein, weil die untersuchten Anbieter ihren Nutzern keine wirksamen Mittel zur Erkennung von Eingabefehlern im Sinne von § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB zur Verfügung stellen. Erkennt ein Nutzer aus diesem Grund einen Eingabefehler nicht und schickt er infolge dessen irrtümlich eine Anfrage nach der falschen Ortsinformation ab, so ist dieser Irrtum kausal für den Vertragschluss. Der Nutzer kann den Vertrag somit nach § 119 I 1. Alt BGB anfechten. Ebenso könnte eine Verletzung der Pflicht des Anbieters nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 2 InfV zu einem Anfechtungsrecht des Nutzers aus § 119 I 1. Alt. BGB führen. Denn der Verstoß des Anbieters gegen seine Pflicht zur Information des Nutzers darüber, wie und wann er die Vertragsbestimmungen abrufen und in wiedergabefähiger Form speichern kann, könnte dazu führen, dass der Nutzer ein Vertragsangebot abgibt, obwohl er mit den Bedingungen, unter denen er die Vertragsbestimmungen abrufen und speichern kann, nicht einverstanden ist. Folglich hätte er ein Vertragsangebot abgegeben, dass er nicht mit diesem Inhalt abgeben wollte. Auch in diesem Fall kann er den Vertrag nach § 119 I 1. Alt BGB wegen Inhaltsirrtums anfechten.

³¹⁹ Boente/Riehm, Besondere Vertriebsformen im BGB, in: Jura 2002, S. 222(229).

Des Weiteren kommt eine Anfechtung wegen Erklärungsirrtums des Nutzers in Betracht. Ein Erklärungsirrtum kann vorliegen, wenn der Anbieter den Nutzer nicht gemäß §§ 312 I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 1 InfV über die einzelnen technischen Schritte informiert, die zum Vertragsschluss führen, und der Nutzer aus diesem Grund ohne es zu wissen ein Vertragsangebot absendet. Es ist beim Abwicklungsmodus eines Vertrages über standortbezogene Mobilfunkdienstleistungen durchaus vorstellbar, dass es einem Nutzer nicht klar ist, mit welchem Tastendruck er eine verbindliche Anfrage absendet. Dies ist insbesondere bei einer Anfrage über WAP der Fall, bei der der Nutzer sich von Seite zu Seite klickt, bis er das gewünschte Anfrage-Stichwort erreicht hat, aber auch bei einer Anfrage per SMS, weil es durchaus sein kann, dass einem Nutzer nicht klar ist, dass er durch die Absendung einer Anfrage-SMS bereits ein Vertragsangebot abgibt. In diesen Fällen kann der Nutzer nach § 119 I 2. Alt BGB anfechten.

Weitere Anfechtungsgründe eines Nutzers gegen einen Anbieter wegen Verletzung von Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr bestehen beim Vertrag über standortbezogene Dienste nicht. Denn an vorvertraglichen Pflichtverletzungen, die Auswirkungen auf den Vertragsschluss haben können, kommt über die eben geschilderten hinaus nur noch ein Verstoß gegen § 312 e I S. 1 Nr. 3 BGB in Betracht³²⁰. Aber die Anbieterpflicht, den Zugang der Anfrage unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen, ist nicht geeignet, beim Nutzer einen Irrtum in Bezug auf den Vertragsschluss hervorzurufen, weil sie ihren Schutzzweck erst zu einem Zeitpunkt entfalten, in dem der Nutzer den Entschluss zum Vertragsschluss bereits gefasst hat.

Will der Nutzer von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen, so muss er die Anfechtung gemäß § 143 BGB gegenüber dem Anbieter innerhalb der Frist des § 121 BGB erklären³²¹. Die Rückgewähr der empfangenen Leistung richtet sich dann nach §§ 812 I S. 1, 1. Alt, 818 ff BGB³²².

³²⁰ Siehe hierzu Punkt 5.2.1.

³²¹ Zur Anfechtungsfrist Punkt 3.2 und zur Anfechtungserklärung Punkt 3.3.

³²² Hierzu ausführlich unter Punkt 3.4.1.

Im Falle einer Anfechtung ist jedoch der Anspruch des Anbieters nach § 122 BGB auf Ersatz des Vertrauensschadens wegen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB ausgeschlossen³²³.

5.2.2.1.2 Anspruch auf Vertragsaufhebung nach §§ 311 II, 241 II, 280 BGB

Verletzt der Anbieter schuldhaft eine der vorvertraglichen Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 1-3 BGB, kommt des Weiteren eine Haftung des Anbieters nach §§ 311 II, 241 II, 280 BGB in Betracht. In den Fällen des § 312 e Nr. 1-3 BGB ist jeweils bereits ein vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 1 BGB entstanden³²⁴. Die untersuchten Anbieter verletzen bei der Erbringung ihrer Dienste alle ihnen nach § 312 e I S. 1 Nr. 1-3 BGB obliegenden vorvertraglichen Pflichten außer §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 3-5 InfV³²⁵.

Diese Pflichtverletzungen haben die Anbieter auch zu vertreten im Sinne von §§ 280 I S. 2, 276 I S. 1, II BGB, da sie, wenn sie keine Vorkehrungen treffen, um ihre Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr zu erfüllen, mindestens die nach objektiven Maßstäben im Verkehr erforderliche Sorgfalt eines Unternehmers verletzen, indem sie die für ihre Geschäfte geltenden gesetzlichen Regelungen nicht beachten.

War die Verletzung einer Pflicht nach § 312 e BGB kausal für den Abschluss des Vertrages und resultiert hieraus ein Schaden für den Nutzer, kann dieser nach § 249 S. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch in Form der Rückabwicklung oder Anpassung des Vertrages haben³²⁶. Eine Vertragsaufhebung oder -anpassung kommt in Betracht, wenn der Nutzer den Vertrag nicht oder nicht so abgeschlossen hätte, wenn er vom Anbieter die geschuldete Information bekommen hätte. Eine schadensrechtliche Vertragsaufhebung wegen Verletzung einer vorvertraglichen Informationspflicht ist aber nur dann möglich, wenn diese Informationspflicht einen vertragswesentlichen Umstand betrifft³²⁷, da bei vorvertraglichen

³²³ Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 19 Rn. 79; Boente/Riehm, Besondere Vertriebsformen im BGB, in: Jura 2002, S. 222(228).

³²⁴ Boente/Riehm, Besondere Vertriebsformen im BGB, in: Jura 2002, S. 222(228).

³²⁵ Siehe hierzu Punkt 5.2.1.

³²⁶ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 173, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>; Tettenborn/Bender/Lübbers/Karenfort, Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: BB-Beilage 10/2001, S. 1(24); Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 19 Rn. 82.

³²⁷ Grigoleit, Besondere Vertriebsformen im BGB, in: NJW 2002, S. 1151(1156).

Aufklärungspflichten der Grundsatz gilt, dass der Haftungsumfang durch den Schutzzweck der verletzten Pflicht begrenzt wird³²⁸.

Hinsichtlich des Schutzzwecks der vorvertraglichen Pflichten des § 312 e BGB muss unterschieden werden. Die Pflicht nach § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB, wonach der Anbieter dem Nutzer wirksame technische Mittel zur Erkennung und Berichtigung von Eingabefehlern zur Verfügung stellen muss, soll ebenso wie die Pflicht nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 1 InfV, wonach der Anbieter den Nutzer darüber informieren muss, welche einzelnen Schritte zu einem Vertragschluss führen, den Nutzer davor schützen, dass er auf elektronischem Wege einen Vertrag schließt, den er nicht oder nicht mit diesem Inhalt schließen möchte³²⁹. Diese Vorschriften begründen daher erkennbar eine Verantwortlichkeit des Anbieters für die vorvertragliche Willensbildung des Nutzers im Hinblick auf den Vertragschluss.

Im Hinblick auf § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB liegt bei den derzeit angebotenen Diensten insoweit eine schuldhafte Pflichtverletzung vor, als die Anbieter ihren Nutzern kein wirksames Mittel zur Erkennung von Eingabefehlern zur Verfügung stellen. In Betracht kommt daher, dass der Nutzer infolge dieses Informationsdefizits einen Eingabefehler nicht erkennt und deshalb einen Vertrag schließt, den er nicht mit diesem Inhalt abschließen wollte. Sowohl bei der Anforderung über SMS als auch bei der Anforderung über WAP kann eine Abweichung in diesem Fall aber nur darin liegen, dass der Nutzer einen anderen Dienst als den gewünschten anfordert.

Da Kennzeichen des Vertrages über standortbezogene Dienste ist, dass die Vertragserfüllung ohne weitere Kommunikationsmöglichkeit durch die automatisierte Datenverarbeitungsanlage erfolgt, kann die vertragscharakteristische Leistung in diesem Fall aber nicht angepasst werden. Da folglich ein Vertrag über eine standortbezogene Dienstleistung zustande gekommen ist, den der Nutzer nicht schließen wollte, hat der Nutzer einen Anspruch auf Rückgängigmachung des Vertrages nach §§ 311 II, 241 II, 280 BGB.

Ebenso verhält es sich im Hinblick auf §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 1 InfV. Danach hat der Nutzer einen Anspruch auf Vertragsaufhebung nach §§ 311 II, 241 II, 280 BGB, wenn

³²⁸ BGH NJW 1992, S. 555(556); BGH NJW 1992, S. 2148(2149).

³²⁹ *Grigoleit*, Rechtsfolgenspezifische Analyse besonderer Informationspflichten am Beispiel der Reformpläne für den E-Commerce, in: WM 2001, S. 597(601).

die Tatsache, dass der einzelne Anbieter seine Nutzer nicht über die Schritte aufklärt, die zu einem Vertragschluss führen, kausal dafür war, dass ein Nutzer einen Vertrag abgeschlossen hat, den er nicht abschließen wollte.

Die Rückgewähr der empfangenen Leistung richtet sich dann nach §§ 812 I S. 1, 1. Alt, S. 2, 818 ff BGB³³⁰.

Hinsichtlich der übrigen vorvertraglichen Pflichten nach § 312 e BGB ist fraglich, ob sie nach ihrem Inhalt und Zweck geeignet sind, eine Verantwortlichkeit des Anbieters für eine wesentliche vorvertragliche Willensstörung des Nutzers zu begründen.

Nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 2 InfV muss der Anbieter den Nutzer darüber informieren, wie und wo die Vertragsbestimmungen für ihn abrufbar und in wiedergabefähiger Form speicherbar sind³³¹. Diese Pflicht ist also offenbar darauf gerichtet, dem Nutzer Sicherheit darüber zu geben, wie die Vertragsbedingungen nach Vertragschluss für ihn zugänglich sind. Eine Fehlvorstellung des Nutzers bezüglich des Wie der nachvertraglichen Verfügbarkeit des Vertragstextes kann jedoch seine vorvertragliche Willensbildung nicht vertragswesentlich beeinflussen, da er im vorvertraglichen Bereich regelmäßig davon ausgehen wird, dass die Vertragsdurchführung problemlos verläuft. Eine diesbezügliche Pflichtverletzung des Anbieters ist daher nicht geeignet, die vorvertragliche Willensbildung des Nutzers über den Vertrag wesentlich zu beeinflussen. Der Nutzer hat folglich keinen Anspruch auf Vertragsaufhebung nach §§ 311 II, 241 II, 280 BGB.

Ebenso verhält es sich bezüglich der Pflicht des Anbieters nach § 312 e I S. 1 Nr. 3 BGB, den Zugang der Nutzeranfrage unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen. Zweck dieser Vorschrift ist, dem Nutzer die aufgrund der Besonderheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs bestehende Unsicherheit darüber, ob seine auf den Vertragschluss gerichtete Willenserklärung dem Anbieter zugegangen ist, zu nehmen. Ziel der Vorschrift ist folglich der Schutz des Nutzers, nachdem er sich bereits zum Vertragsangebot entschieden hat. Die vorvertragliche Willensbildung des Nutzers ist folglich auch hier nicht beeinflusst. Er hat daher keinen Anspruch auf Vertragsaufhebung nach §§ 311 II, 241 II, 280 BGB.

³³⁰ Siehe hierzu ausführlich Punkt 3.4.1.

³³¹ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 e Rn. 81.

Eine Verletzung der vorvertraglichen Pflichten nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 4 und 5 InfV kommt beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste ohnehin nicht in Betracht³³², so dass diesbezüglich keine Ansprüche des Nutzers nach §§ 311 II, 241 II, 280 BGB zu prüfen sind.

5.2.2.2 Besondere Rechtsfolgen der Verletzung nachvertraglicher Pflichten

Alle untersuchten Anbieter verletzen ihre nachvertragliche Pflicht aus § 312 e S. 1 Nr. 4 BGB. Aufgrund dieser Pflichtverletzung könnte der Nutzer einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 282 BGB haben. Dann müsste es sich bei § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB um eine nichtleistungsbezogene Nebenpflicht handeln. Nichtleistungsbezogene Nebenpflichten gemäß § 241 II BGB im Vertragsverhältnis sind Schutzpflichten bezüglich der Rechte und Rechtsgüter des anderen Teils, die dieser unabhängig von der Leistung hat³³³. Schutzzweck des § 312 e I Nr. 4 BGB ist die Erleichterung der nachvertraglichen Rechtsverfolgung für den Nutzer³³⁴. Folglich ist § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB eine nichtleistungsbezogene Nebenpflicht.

Um einen Schadensersatzanspruch nach § 282 BGB zu haben, müsste die Leistung aber neben dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 280 I BGB für den Nutzer unzumutbar geworden sein.

Diese strenge Voraussetzung der Zumutbarkeit macht den Ausnahmecharakter der von § 282 BGB erfassten Fallkonstellationen deutlich³³⁵. Denn wenn die Verletzung einer Nebenpflicht gleich einer Verletzung der Hauptleistungspflicht zum Erlöschen des Leistungsanspruchs führen soll, so muss gefordert werden, dass die Nebenpflichtverletzung den Vertragszweck derartig gefährdet, dass nach Treu und Glauben vom Nutzer ein Festhalten am Vertrag nicht mehr erwartet werden kann.

³³² Siehe hierzu Punkt 5.2.1.

³³³ Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, in: NJW 2002, S. 1(6).

³³⁴ Grigoleit, Rechtsfolgenspezifische Analyse besonderer Informationspflichten am Beispiel der Reformpläne für den E-Commerce, in: WM 2001, S. 597(602).

³³⁵ Gsell, Der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht, in: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, S. 105(118); Dauner-Lieb, Das Leistungsstörungenrecht im Überblick, in: (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, § 2 Rn. 46.

Diese Schwere der Pflichtverletzung könnte bei einer Verletzung absoluter Rechtsgüter anlässlich der Leistungserbringung der Fall sein³³⁶. Verletzt der Anbieter seine Pflicht nach § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB, indem er dem Nutzer nicht die Möglichkeit verschafft, die Vertragsbestimmungen bei Vertragschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern, ist jedoch keine Konstellation vorstellbar, in der aus dieser Pflichtverletzung beim Vertrag über standortbezogene Dienste die Verletzung absoluter Rechtsgüter resultiert. Damit hat die Pflichtverletzung aber keinen Schweregrad erreicht, der dem Nutzer als Gläubiger die Leistungserbringung durch den Anbieter unzumutbar machen würde.

Unzumutbarkeit im Sinne von § 282 BGB könnte aber auch in den Fällen vorliegen, in denen der Nutzer auf andere Weise gewichtig beeinträchtigt worden ist, beispielsweise durch schwere Beleidigung oder rassistische Bemerkungen durch den Anbieter³³⁷. Auch diese Konstellationen sind beim Vertrag über ortsbezogene Dienstleistungen aber nicht gegeben, da zwischen Nutzer und Anbieter kein persönlicher Kontakt und somit nicht die Möglichkeit zu einer beleidigenden Äußerung im Einzelfall besteht.

Da folglich beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen Unzumutbarkeit im Sinne von § 282 BGB für den Nutzer wegen Verletzung von § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB nicht vorliegen kann, hat er wegen Verletzung der Pflicht nach § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB durch den Anbieter keinen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 282 BGB.

Der Nutzer könnte aber des Weiteren wegen der Verletzung der Pflicht aus § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB ein Rücktrittsrecht nach § 324 BGB haben. Auch hierfür ist aber Voraussetzung, dass dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. Insofern kann auf die oben gemachten Ausführungen zu § 282 BGB verwiesen werden. Der Nutzer hat auch kein Rücktrittsrecht wegen Verletzung der Pflicht nach § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB durch den Anbieter.

Der Nutzer kann jedoch wegen Verletzung der Pflicht nach § 312 e I S. 1 Nr. 4 BGB durch den Anbieter Schadensersatz nach § 280 I BGB verlangen, soweit ihm durch diese Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. § 280 I BGB ersetzt zwar nicht das Leistungsdefizit

³³⁶ *Dauner-Lieb*, Das Leistungsstörungenrecht im Überblick, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, § 2 Rn. 46.

³³⁷ *Dauner-Lieb*, Das Leistungsstörungenrecht im Überblick, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, § 2 Rn. 46.

als solches, aber die Schäden, die durch die Erfüllung nicht mehr entfallen können³³⁸. Dies könnten beispielsweise zusätzliche Kosten sein, die dem Nutzer entstehen, wenn er versucht, die getroffenen Vertragsbestimmungen herauszufinden, da er sie zum Zwecke der Rechtsverfolgung benötigt.

5.2.2.3 Zusammenfassung

Wegen der Verletzung von Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 1-4 BGB bestehen unterschiedliche Ansprüche gegen die Anbieter standortbezogener Dienstleistungen.

Zum einen hat jeder Nutzer einen Anspruch aus § 242 BGB auf nachträgliche Erfüllung der Informationspflichten nach § 312 e I BGB.

Darüber hinaus besteht ein Anfechtungsrecht des einzelnen Nutzers wegen Inhaltsirrtums nach § 119 I 1. Alt. BGB wegen Verstoß gegen die Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 1 und §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 2 InfV, wenn das Fehlen dieser Informationen kausal für den Vertragschluss des Nutzers war. Ebenso kann der Nutzer den Vertrag wegen eines Erklärungsirrtums nach § 119 I 2. Alt BGB anfechten, wenn der Anbieter den Nutzer nicht gemäß §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 1 InfV informiert hat und dies kausal für den Vertragschluss des Nutzers war. Ficht der Nutzer den Vertrag an, so ist er als von Anfang an nichtig anzusehen, § 142 I BGB. Der Nutzer kann folglich neben der Anfechtung keine anderen Ansprüche mehr geltend machen. Die Rückgewähr der empfangenen Leistungen richtet sich nach §§ 812 I S. 1, 1. Alt, 818 ff BGB.

Ficht der Nutzer den Vertrag nicht an, so hat er gemäß §§ 311 II, 241 II, 280 BGB einen Anspruch auf Aufhebung des Vertrages wegen Verletzung der vorvertraglichen Pflichten nach § 312 e I S. 1 Nr. 1 BGB und §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 1 InfV durch den Anbieter, da diese Vorschriften erkennbar eine Verantwortlichkeit des Anbieters für die vorvertragliche Willensbildung des Nutzers im Hinblick auf den Vertragschluss begründen. Auch hier richtet sich die Rückgewähr der empfangenen Leistungen nach §§ 812 I S. 1, 1. Alt, S. 2, 818 ff BGB.

³³⁸ Ernst in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 280 Rn 66.

Schließlich können verschiedene größere Verbraucherschutz- oder Handelsorganisationen, darunter vor allem einige Verbraucherschutzverbände, die Industrie- und Handelskammern sowie die Handwerkskammern, wegen der Verstöße gegen § 312 e I S. 1 Nr. 1-4 BGB Unterlassungsklage nach § 2 I, II Nr. 2 UklG bzw. nach §§ 1, 13 UWG gegen die einzelnen Anbieter erheben. Ein Unterlassungsanspruch nach § 13 UWG besteht jedoch nur, wenn der Anbieter über die bloße Pflichtverletzung hinaus bewusst und planmäßig gehandelt hat und sich durch die Pflichtverletzung einen sachlich ungerechtfertigten Vorteil gegenüber Mitbewerbern verschaffen wollte. Klagebefugt sind neben den genannten Organisationen nach § 13 II Nr. 1 UWG auch einzelne Mitbewerber.

5.3 Sondervorschriften für den Fernabsatz

Ein gemäß § 312 e BGB elektronisch geschlossener Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienstleistungen ist, sofern der Nutzer Verbraucher ist³³⁹, zugleich auch Fernabsatzgeschäft im Sinne von § 312 b I, II BGB. Denn ein Mobiltelefon ist ein Fernkommunikationsmittel im Sinne von § 312 b I, II BGB, weil es zum Abschluss eines Vertrages über standortbezogene Dienste zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt wird. Vertragsgegenstand ist die Erbringung standortbezogener Dienstleistungen im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems im Sinne von § 312 b I BGB, da die automatisierte Datei, mittels derer die Nutzeranfragen beantwortet werden, eine Einrichtung ist, die mit allem Notwendigen ausgestattet ist, um regelmäßige Geschäfte im Fernabsatz zu bewältigen³⁴⁰.

Die Entgeltlichkeit der Leistung des Unternehmers ist hingegen nicht Voraussetzung dafür, dass die Normen über Fernabsatzverträge einschlägig sind. Vielmehr ist insoweit im Einzelfall zu unterscheiden, ob es sich bei der Leistung um eine reine Gefälligkeit handelt oder ob eine rechtliche Bindung gewollt ist³⁴¹. Eine rechtliche Bindung kommt beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen aber auch dann zustande, wenn der Nutzer keine

³³⁹ Verbraucher ist gemäß § 13 BGB jede natürliche Person, die den Vertrag zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden kann.

³⁴⁰ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 b Rn. 49.

³⁴¹ *Härting*, Fernabsatzgesetz, § 1 Rn. 44.

Gegenleistung für die ortsbezogene Information entrichten muss³⁴². Auch bei der unentgeltlichen Erbringung standortbezogener Dienstleistungen sind folglich die Vorschriften über Fernabsatzgeschäfte anwendbar.

Die Anwendung der Vorschriften über Fernabsatzverträge ist beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienstleistungen auch nicht ausgeschlossen nach § 312 b III BGB.

Insbesondere fällt der Vertrag über standortbezogene Dienste nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 312 b III Nr. 6 BGB. Nach § 312 b III Nr. 6 BGB ausgeschlossen sind Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Unterbringung, Beförderung, Lieferung von Speisen und Getränken sowie Freizeitgestaltung, wenn sich der Unternehmer bei Vertragschluss verpflichtet, die Dienstleistung zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen. Die Ausnahme nach § 312 b III Nr. 6 BGB umfasst letztlich den gesamten Bereich von Dienstleistungen, bei deren Bestellung man im allgemeinen Sprachgebrauch von „Buchung“ oder „Reservierung“ spricht. Kennzeichnendes Merkmal der ausgenommenen Verträge ist, dass der Unternehmer nur eine begrenzte Anzahl von Kunden zur gleichen Zeit bedienen kann und daher die Leistungszeit im Voraus genau festgelegt wird, damit der Vertrag auch sicher erfüllt werden kann³⁴³.

Dies trifft auf standortbezogene Dienstleistungen über Mobiltelefon nicht zu. Denn dabei handelt es sich um bestimmte Ortsinformationen, die zwar die in § 312 b III Nr. 6 BGB genannten Bereiche insofern betreffen können, als sie den Weg zu einer Unterbringungsmöglichkeit, einer Beförderungsmöglichkeit oder einer Freizeitgestaltungsmöglichkeit weisen können und teilweise auch eine Buchung dieser Dienstleistungen durch Angabe der Telefonnummer der entsprechenden Einrichtung ermöglichen, letztendlich handelt es sich bei standortbezogenen Diensten über Mobiltelefone an sich aber immer nur um Wegbeschreibungen bzw. Informationen über die nähere Umgebung des Nutzers, bei deren Bestellung man im allgemeinen Sprachgebrauch nicht von „Buchung“ oder „Reservierung“ spricht.

Des Weiteren ist die Anwendung der Vorschriften über Fernabsatzgeschäfte auch nicht ausgeschlossen nach § 312 b III Nr. 7 a) BGB. Denn diese Vorschrift bezieht sich auf Ver-

³⁴² Hierzu Punkt 2.2.

³⁴³ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 b Rn. 85.

träge, die unter Verwendung von Warenautomaten oder automatisierten Geschäftsräumen geschlossen werden, die also typischerweise von beiden Seiten sofort erfüllt werden³⁴⁴. Da die Erfüllung von beiden Seiten sofort und an Ort und Stelle stattfindet, kommt es zudem auf die Person des Vertragspartners nicht wesentlich an. Dies trifft beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen jedoch nicht zu. Denn es ist nicht so, dass der Nutzer sich bei der Erbringung standortbezogener Dienste generell keine Gedanken über seinen Vertragspartner macht und es ihm regelmäßig egal ist, wer hinter der standortbezogenen Information steht. Vielmehr kann der Nutzer durchaus einen Qualitätsunterschied zwischen den einzelnen Anbietern für möglich halten oder es vorziehen, mit dem Diensteanbieter einen Vertrag zu schließen, der zugleich sein Netzbetreiber ist. Überdies erfüllt der Nutzer, sofern er eine Gegenleistung erbringen muss, diese erst mit der nächsten Telefonrechnung, so dass keine sofortige Erfüllung beider Seiten vorliegt.

Aus den Vorschriften über den Fernabsatzhandel können sich zum einen für den Anbieter Informationspflichten nach § 312 c BGB ergeben und zum anderen für den Nutzer ein Widerrufsrecht nach § 312 d BGB.

Im Folgenden sollen zunächst in Punkt 5.3.1 die Pflichten, die einem Anbieter standortbezogener Dienste nach § 312 c BGB obliegen, untersucht werden. Anschließend werden in Punkt 5.3.2 die Rechtsfolgen, die sich aus einer Pflichtverletzung ergeben, erörtert. Schließlich wird in Punkt 5.3.3 erläutert, inwieweit beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienstleistungen ein Widerrufsrecht besteht.

5.3.1 Verletzungen von Pflichten im Fernabsatzhandel durch den Diensteanbieter

Die besondere Form des Vertriebs mittels Fernkommunikationsmitteln bedingt für den Nutzer bei Fernabsatzverträgen ähnlich wie im elektronischen Geschäftsverkehr die Gefahr besonderer Informationsdefizite, denen der Gesetzgeber mit weitreichenden Informations-

³⁴⁴ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 b Rn. 89.

pflichten des Unternehmers zu begegnen sucht³⁴⁵. Zentrale Vorschrift ist hierbei § 312 c BGB.

§ 312 c I S. 1 BGB legt fest, dass der Anbieter den Nutzer rechtzeitig vor Abschluss eines Fernabsatzvertrages in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise klar und verständlich über die in § 1 InfV aufgeführten Einzelheiten des Vertrages sowie seinen geschäftlichen Zweck informieren muss. § 312 c I S. 1 BGB legt folglich vorvertragliche Pflichten des Anbieter ortsbezogener Informationen über Mobiltelefon fest.

Fraglich ist hierbei, was beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen eine dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechende Möglichkeit der Kenntnisnahme darstellt. Für den Nutzer unzumutbar dürfte jeweils ein Wechsel des Fernkommunikationsmittels sein, da grundsätzlich nicht vorausgesetzt werden kann, dass der Nutzer über ein anderes Fernkommunikationsmittel verfügt als dasjenige, dessen er sich selbst bedient hat³⁴⁶. Es kommt also nur eine Information des Nutzers über Mobiltelefon in Betracht. Es steht dem Anbieter folglich frei, dem Nutzer die nach § 312 c I S. 1 BGB geschuldeten Informationen telefonisch oder per SMS zu übermitteln. Eine Übermittlung per WAP ist hingegen nur möglich, wenn auch die Nutzeranfrage auf diesem Weg getätigt wurde, da es sich bei WAP um einen Pull-Dienst handelt, von dem der Nutzer nur Kenntnis nimmt, wenn er von sich aus das mobile Internet anwählt.

5.3.1.1 Pflichten nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I InfV

Dem Verbraucher müssen nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I InfV die erforderlichen Informationen über Identität und ladungsfähige Anschrift seines Vertragspartners, §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 1 und 2 InfV, den wesentlichen Vertragsinhalt, insbesondere die wesentlichen Merkmale der Dienstleistung, §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 3 InfV, und die gesamte für die Dienstleistung anfallende Gebühr, §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 6 InfV, sowie Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und Erbringung der Dienstleistung, §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 8 InfV, und

³⁴⁵ Ring, Fernabsatzgesetz, Teil III Rn. 116.

³⁴⁶ Härting, Fernabsatzgesetz, § 2 Rn 64; Wendehorst, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 c, Rn. 34.

seines Widerrufsrechts nach §§ 312 d BGB, 1 I Nr. 9 InfV, zur Verfügung gestellt werden, damit er seine Entscheidung zum Vertragsschluss informiert treffen kann.

Zudem muss er erfahren, wie der Vertrag zustande kommt, §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 3 InfV. Gemeint ist hiermit die Information über die für den Vertragsschluss erforderlichen Erklärungen³⁴⁷, der Anbieter muss dem Nutzer folglich mitteilen, dass seine Anfrage ein bindendes Angebot darstellt, für den Vertragsschluss aber noch eine Annahmeerklärung von Anbieterseite erforderlich ist.

Die übrigen Bestimmungen des § 1 I InfV sind beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienstleistungen nicht einschlägig, so dass sich aus ihnen keine weiteren Informationspflichten für die Anbieter ortsbezogener Dienste ergeben. Namentlich hat der Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen keine dauernde oder regelmäßig wiederkehrende Leistung zum Inhalt, § 1 I Nr. 4 InfV. Des Weiteren ist gemäß § 1 I Nr. 5 InfV ein Vorbehalt, eine in Qualität und Preis gleichwertige Leistung zu erbringen oder ein Vorbehalt, die versprochene Leistung im Fall ihrer Nichtverfügbarkeit nicht zu erbringen, nicht notwendig, da der Vertragsschluss ohnehin erst mit Absendung der angeforderten Information erfolgt, die Gefahr einer Nichtverfügbarkeit trotz Bestehens einer vertraglichen Leistungspflicht ist folglich nicht gegeben. Ebenso wenig fallen bei der Zusendung ortsbezogener Informationen über das Mobiltelefon gemäß § 1 I Nr. 7 InfV zusätzliche Liefer- und Versandkosten oder gemäß § 1 I Nr. 10 InfV über die üblichen Grundtarife hinausgehende Kosten bei der Nutzung des Mobiltelefons an. Schließlich handelt es sich bei den untersuchten standortbezogenen Mobilfunkdienstleistungen auch nicht um Angebote mit befristeter Gültigkeitsdauer gemäß § 1 I Nr. 11 InfV.

Bei den Umständen, über die ein Anbieter standortbezogener Dienste den Nutzer, der Verbraucher ist, informieren muss, handelt es sich also im wesentlichen um die *essentialia negotii*, das kraft Gesetz bestehende Widerrufsrecht nach § 312 d BGB und als weitere Vertragsbedingungen die Tatsachen, dass der Vertragsschluss mit der Absendung der gewünschten Information durch den Anbieter zustande kommt, während die bei einigen Anbietern zu entrichtende Gebühr erst mit der nächsten Telefonrechnung fällig wird. Zudem muss der Anbieter nach § 1 Nr. 1 und Nr. 2 InfV dem Nutzer seine Identität und seine ladungsfähige Anschrift mitteilen.

³⁴⁷ Boente/Riehm, Besondere Vertriebsformen im BGB, in: Jura 2002, S. 222(224).

Von den in der vorliegenden Arbeit untersuchten Anbietern erfüllt jedoch keiner seine vorvertraglichen Informationspflichten nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I InfV. Vielmehr wird bei der Anforderung einer ortsbezogenen Information per WAP bei allen Anbietern nach mehreren Seitenaufrufen die Anfrage des Nutzers abgeschickt und die gewünschte Information erbracht, ohne dass ihm zuvor weitere Informationen mitgeteilt werden. Ebenso wird bei einer Anfrage per SMS die angeforderte Ortsinformation übersandt, ohne dass dem Nutzer zuvor die nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I InfV zu erbringenden Informationen gegeben werden.

Anders verhält es sich nur im Hinblick auf die Pflicht der Anbieter zur Information über die wesentlichen Merkmale der Dienstleistung nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 3 InfV. Denn da der Nutzer weiß, dass es sich um eine ortsbezogene Information handelt und er überdies selbst entscheidet, zu welchem Thema er eine Information anfordert, sind ihm Art und Inhalt der Information im wesentlichen bekannt. Die Pflicht nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 3 InfV, dem Nutzer die wesentlichen Merkmale der Dienstleistung mitzuteilen, wird folglich beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste aufgrund des verwendeten Abwicklungsmodus von allen untersuchten Anbietern erfüllt, ohne dass sie den Nutzer hierzu gesondert informieren.

5.3.1.2 Pflichten nach § 312 c I S. 1 Nr. 2 BGB

Des Weiteren muss der Anbieter den Nutzer über seinen geschäftlichen Zweck informieren, § 312 c I S. 1 Nr. 2 BGB. Offenzulegen ist dabei die Tatsache, dass der Unternehmer überhaupt den Abschluss eines Vertrages mit einem Verbraucher anstrebt, außerdem der Umstand, dass der Vertragsschluss der Gewinnerzielung dient, und drittens eine ungefähre Information darüber, welcher Natur die vertriebenen Waren oder Dienstleistungen sind³⁴⁸. Da beim Vertrag über standortbezogene Dienste der Impuls zum Vertragschluss aber vom Nutzer ausgeht, indem er die gewünschte ortsbezogene Information per Stichwort auswählt und absendet, sind diesem die genannten Umstände, insbesondere die Natur der angebotenen Dienstleistungen, zumindest in Grundzügen bekannt. Außerdem ist dem Nutzer die Tatsache, dass der Vertragsschluss der Gewinnerzielung dient, bei pflichtgemäßer Informa-

tion durch den Anbieter daraus ersichtlich, dass dieser ihm vor Vertragschluss mitteilt, welche Gebühren für die Dienstleistung anfallen, §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 6 InfV. Ein Beharren auf der Informationspflicht nach § 312 c I S. 1 Nr. 2 BGB wäre folglich in diesem Fall sinnlose Förmerei, da die Gefahr einer Überrumpelung des Verbrauchers hier nicht besteht³⁴⁹. Zudem würden durch diese Informationen, wenn sie über WAP erfolgen, zusätzliche Kosten für den Nutzer entstehen, der je nach Übertragungsmodus Gebühren für die Dauer der Datenübertragung oder die Menge der übertragenen Daten zahlt. Damit läge aber ein Verstoß des Anbieters gegen seine Schutzpflicht hinsichtlich des Nutzervermögens aus § 241 II BGB vor³⁵⁰.

5.3.1.3 Pflichten nach § 312 c I S. 2 BGB

Gemäß § 312 c I S. 2 BGB muss der Anbieter bei Telefongesprächen seine Identität und den geschäftlichen Zweck des Vertrages bereits zu Beginn des Gesprächs ausdrücklich offenlegen. Zweck dieser Vorschrift ist der Schutz des Verbrauchers, der den Vertragspartner vor Vertragschluss nicht in Augenschein nehmen kann, vor Überrumpelung durch den Unternehmer, der seine geschäftlichen Absichten mittels persönlicher Ansprache in einem Telefonat zu verwirklichen sucht. Beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen greift diese Bestimmung jedoch ohnehin nicht, da Verträge über standortbezogene Dienste mittels WAP oder per SMS geschlossen werden, nicht jedoch durch ein Telefongespräch.

5.3.1.4 Pflichten nach § 312 c II, III BGB

Schließlich hat der Unternehmer im Fernabsatzhandel gemäß § 312 c II BGB dem Verbraucher die in § 1 InfV bestimmten Informationen in dem dort bestimmten Umfang und der dort bestimmten Weise alsbald, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages, in Textform mitzuteilen. Danach muss er dem Kunden neben den nach § 1 I InfV zu erbringenden Informationen weitere Informationen in einer hervorgehobenen und deutlich

³⁴⁸ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 c, Rn. 70.

³⁴⁹ Heinrichs, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 c Rn. 5; *Härting*, Fernabsatzgesetz, § 2 Rn. 33.

gestalteten Art und Weise in Textform mitteilen, insbesondere die Bedingungen, Einzelheiten der Ausübung und die Rechtsfolgen des Widerrufs- oder Rückgaberechts oder dessen Ausschluss, Gewährleistungs- und Garantiebedingungen oder die Kündigungsbedingungen bei längerfristigen Dauerschuldverhältnissen.

Gemäß § 312 c III S. 1 BGB gilt § 312 c II BGB aber nicht für Dienstleistungen, die unmittelbar durch Einsatz von Fernkommunikationsmitteln erbracht werden, sofern diese Leistungen in einem Mal erfolgen und über den Betreiber der Fernkommunikationsmittel abgerechnet werden. Es handelt sich hierbei um Massengeschäfte mit kleinen Erträgen, bei denen eine Belastung des Unternehmers mit den Verpflichtungen aus §§ 312 c II BGB, 1 II, III InfV eine übermäßige Erschwernis der Geschäftstätigkeit bedeuten würde³⁵¹. Ortsbezogene Informationen über Mobiltelefon sind Dienstleistungen, die den Verbraucher in Form fernkommunikativ übermittelter Daten durch einmaligen Zusendung der Information erreichen. Sie werden auch zusammen mit den üblichen Mobilfunkkosten des Verbrauchers in einer Rechnung über dessen Netzbetreiber abgerechnet. Folglich greift das Dienstleistungsprivileg des § 312 c III S. 1 BGB zugunsten der Anbieter standortbezogener Dienstleistungen, so dass sie von der Erfüllung der Pflichten nach §§ 312 c II BGB, 1 II, III InfV befreit sind.

Gemäß § 312 c III S. 2 BGB muss der Verbraucher sich aber über die Anschrift der Niederlassung des Unternehmers informieren können, bei der er Beanstandungen vorbringen kann, wenn § 312 c III S. 1 BGB zugunsten des Anbieters greift. Fraglich ist jedoch der Regelungsgehalt dieser Bestimmung im Hinblick auf den Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen, da der Anbieter bereits nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 2 InfV verpflichtet ist, dem Nutzer seine Anschrift mitzuteilen. Zwar wird in § 312 c III S. 2 BGB im Gegensatz zu §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 2 InfV ausdrücklich gefordert, es müsse sich dabei um eine Niederlassung handeln, bei der der Verbraucher Beanstandungen vorbringen kann. Der Nutzer standortbezogener Dienste über Mobiltelefon kann sich jedoch, wenn er eine Willenserklärung gegenüber dem Anbieter abgeben will, grundsätzlich an jede Niederlassung des Anbieters wenden³⁵². Bei der Erbringung standortbezogener Diens-

³⁵⁰ Zu dieser Pflicht ausführlicher Punkt 4.2.1.2.2.

³⁵¹ *Härtig*, Fernabsatzgesetz, § 2 Rn. 33.

³⁵² Zu einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen des Nutzers gegenüber dem Anbieter Punkt 3.3.

te über Mobiltelefon ergibt sich folglich kein eigener Regelungsgehalt aus der Vorschrift des § 312 c III S. 2 BGB.

5.3.1.5 Auswirkungen der Regelung des § 312 c IV BGB auf den Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen

Nach § 312 c IV BGB bleiben weitergehende Einschränkungen bei der Verwendung von Fernkommunikationsmitteln unberührt. Dadurch wird klargestellt, dass der Einsatz des konkreten Fernkommunikationsmittels durch den Unternehmer nicht gegen sonstige Rechtsvorschriften verstoßen darf. Hier kommen insbesondere § 1 UWG sowie §§ 823, 1004 BGB in Betracht³⁵³. Ein Verstoß gegen diese Bestimmungen könnte bei verschiedenen Formen unzulässiger Werbung vorliegen, beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen, bei dem die Initiative zum Vertragschluss vom Nutzer ausgeht, ist ein solcher Verstoß hingegen nicht vorstellbar.

Ebenso bleiben nach § 312 c IV BGB weitergehende Informationspflichten aufgrund anderer Vorschriften unberührt.

Hier ist insbesondere auf die Pflicht zur Belehrung über das Widerrufs- oder Rückgaberecht nach § 355 II S. 1 BGB hinzuweisen³⁵⁴.

Unberührt bleiben weiterhin die Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr nach § 312 e I BGB, die beim Vertrag über standortbezogene Dienste neben den fernabsatzrechtlichen Informationspflichten erfüllt werden müssen. Überschneidungen ergeben sich hinsichtlich der fernabsatzrechtlichen Informationspflicht nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 3 InfV, wonach der Unternehmer den Verbraucher darüber informieren muss, wie der Vertrag zustande kommt, und der Informationspflicht nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 1 InfV, wonach der Unternehmer dem Kunden die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen, mitteilen muss. Nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 3 InfV muss der Unternehmer dem Verbraucher diejenige Handlung oder Erklärung benennen, die als Annahmeerklärung den Vertrag zustande

³⁵³ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 c Rn. 125.

³⁵⁴ Dazu in Punkt 5.3.3.

bringt³⁵⁵. Nach §§ 312 e I S. 1 Nr. 2 BGB, 3 Nr. 1 InfV hingegen muss dem Kunden klar gemacht werden, welche Handlungen oder Erklärungen von seiner Seite bzw. von Seiten des Unternehmers welche rechtliche Wirkung hervorbringen. Namentlich ist zu verdeutlichen, wann der Kunde einen rechtsverbindlichen Antrag abgegeben hat und durch welche Handlung der Unternehmer zu erkennen gegeben hat, dass er den Antrag annimmt³⁵⁶. Die Information, durch welche Handlung oder Erklärung der Vertrag zustande kommt, muss der Anbieter standortbezogener Dienste dem Nutzer, der Verbraucher ist, demzufolge nach zwei verschiedenen Vorschriften zukommen lassen. Da es jedoch nicht Sinn der gesetzlich geregelten Informationspflichten sein kann, den Verbraucher mit einer Flut von Informationen zum Teil gleichen Inhalts zu überschütten, sondern es vielmehr darum geht, beim Nutzer die Risiken besonderer Vertriebsformen durch Vermittlung bestimmter Informationsinhalte abzufedern und ihm so eine informierte Entscheidung zu ermöglichen, reicht es aus, wenn der Unternehmer dem Verbraucher diese Information insgesamt nur einmal zukommen lässt.

Neben den Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr bleiben nach § 312 c IV BGB auch die Informationspflichten unberührt, die dem Anbieter standortbezogener Dienste nach allgemeinen Vorschriften obliegen³⁵⁷. Überschneidungen ergeben sich hier hinsichtlich §§ 312c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 3 und Nr. 6 InfV und § 241 II BGB³⁵⁸, da der Anbieter den Nutzer nach beiden Vorschriften darüber informieren muss, welche ortsbezogene Information er zu welchem Preis anfordern kann. Auch hier reicht es aus den oben genannten Gründen aus, wenn der Anbieter dem Verbraucher diese Information nur einmal zukommen lässt.

5.3.1.6 Zusammenfassung

Von den ihnen nach § 312 c BGB obliegenden Pflichten verletzen die untersuchten Anbieter standortbezogener Mobilfunkdienste mehrere Pflichten aus dem Katalog der §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I InfV.

³⁵⁵ Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, BGB-InfoV § 1 Rn. 3; Wendehorst, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 c, Rn. 48.

³⁵⁶ Hierzu Punkt 5.2.1.2.1.

³⁵⁷ Informationspflichten ergeben sich für den Anbieter standortbezogener Dienste aus den Regeln des allgemeinen Schuldrechts nur im vorvertraglichen Bereich. Hierzu Punkt 4.2.1.2.

So kommen sie ihrer Pflicht nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 1, 2 InfV nicht nach, ihren Nutzern Informationen über ihre Identität und ihre ladungsfähige Anschrift zukommen zu lassen. Des Weiteren unterrichten die Anbieter ihre Nutzer nicht darüber, welches die für den Vertragschluss erforderlichen Erklärungen sind, wozu sie nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 3 InfV verpflichtet sind. Überdies klären sie die Nutzer nicht nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 6, 8 InfV über das Anfallen einer Gebühr für den angeforderten Dienst, deren Höhe sowie die Abrechnung über die nächste Telefonrechnung des Netzbetreibers auf. Ebenso erhalten die Nutzer im vorvertraglichen Bereich keine Informationen über Einzelheiten hinsichtlich der Erbringung der standortbezogenen Information, §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 8 InfV. Schließlich fehlen auch die nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 9 InfV zu erbringenden Informationen über das Widerrufsrecht des Nutzers nach § 312 d BGB.

5.3.2 Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung im Fernabsatzhandel

Im Hinblick auf die Rechtsfolgen, die die Verletzung der Pflichten des § 312 c BGB beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen nach sich zieht, bestehen Parallelen zu den Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen im elektronischen Geschäftsverkehr. Denn auch beim Fernabsatzvertrag sind die Rechtsfolgen nur fragmentarisch durch Spezialvorschriften geregelt und ergeben sich im Übrigen aus den allgemeinen Vorschriften.

Da beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienstleistungen von Seiten der Anbieter lediglich eine Verletzung einzelner Pflichten der §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I InfV in Betracht kommt, sollen im Folgenden auch die Rechtsfolgen nur im Hinblick auf die Verletzung der Pflichten nach § 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB untersucht werden.

Folglich wird § 312 d II BGB, wonach der Beginn der Widerrufsfrist gemäß § 355 II S. 1 BGB durch die Nichterfüllung von Informationspflichten nach § 312 c II BGB hinausgeschoben wird, nicht erörtert, da den Anbietern standortbezogener Dienstleistungen wegen § 312 c III S. 1 BGB keine Pflichten nach § 312 c II BGB obliegen.

5.3.2.1 Anspruch auf nachträgliche Information

Da die Bestimmungen des § 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB ebenso wie die Regelungen des § 312 e BGB über die Pflichten des Anbieters im elektronischen Geschäftsverkehr den Zweck verfolgen, dem Nutzer einerseits eine informierte Entscheidung zu ermöglichen und andererseits die nachvertragliche Rechtsverfolgung zu erleichtern, ist dem Nutzer auch bei Verletzung der Informationspflichten des § 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB ein Anspruch auf nachträgliche Information aus § 242 BGB zu gewähren³⁵⁹. Für den Nutzer standortbezogener Dienste ist dieser Anspruch insbesondere bezüglich der Mitteilung von Identität und Anschrift durch den Anbieter nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 1, 2 und 9 InfV im Hinblick auf eine Erleichterung der nachvertraglichen Rechtsverfolgung interessant.

5.3.2.2 Anfechtungsrechte des Nutzers

Des Weiteren könnte der Nutzer wegen der Verletzung einer Informationspflicht nach § 312 I S. 1 Nr. 1 BGB durch den Anbieter ein Anfechtungsrecht nach § 119 I BGB haben. Der Nutzer hat ein Anfechtungsrecht wegen Inhaltsirrtums nach § 119 I 1. Alt BGB, wenn er aufgrund der mangelnden Information über die Identität des Anbieters nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 1 InfV davon ausgeht, mit einem anderen Anbieter zu kontrahieren, und dieser Irrtum kausal für den Vertragschluss ist. Ebenso besteht ein Inhaltsirrtum, der den Nutzer zur Anfechtung nach § 119 I 1. Alt BGB berechtigt, wenn der Nutzer nicht vor Vertragschluss über das Anfallen einer Gebühr für den angeforderten Dienst informiert wurde, §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 6 InfV, und dieser Irrtum kausal für den Vertragschluss war.

Des Weiteren ist ein Anfechtungsgrund für eine Anfechtung wegen Erklärungsirrtums nach § 119 I 2. Alt BGB gegeben, wenn eine mangelnde Aufklärung des Anbieters darüber, wie der Vertrag zustande kommt, §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 3 InfV, dazu führt, dass der Nutzer einen Vertrag über eine standortbezogene Information schließt, den er gar nicht abschließen wollte.

³⁵⁹ Zum Anspruch auf nachträgliche Information ausführlicher Punkt 5.2.2.

Um von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch zu machen, muss der Nutzer die Anfechtung fristgemäß im Sinne von § 121 BGB gegenüber dem Anbieter erklären, § 143 BGB³⁶⁰. Die Rückgewähr einer bereits empfangenen Leistung richtet sich dann nach §§ 812 I S. 1, 1. Alt, 818 ff BGB³⁶¹.

Ein Anspruch des Anbieters nach § 122 BGB auf Ersatz des Vertrauensschadens ist wegen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB ausgeschlossen³⁶².

5.3.2.3 Anspruch auf Vertragsaufhebung nach §§ 311 II, 241 II, 280 BGB

Schließlich kommt ebenso wie bei der Verletzung vorvertraglicher Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr auch im Rahmen der Verletzung von Unterrichtungspflichten bei Fernabsatzverträgen nach § 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB eine Haftung des Anbieters aus §§ 311 II, 241 II, 280 BGB in Betracht.

In den Fällen des § 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB ist jeweils bereits ein vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 1 BGB entstanden, so dass es sich bei den Unterrichtungspflichten nach § 312 c BGB um vorvertragliche Pflichten handelt³⁶³.

Die untersuchten Anbieter verletzen bei der Erbringung ihrer Dienste alle ihnen obliegenden Pflichten nach § 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB mit Ausnahme von §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 3 InfV, soweit sich diese Vorschrift auf die wesentlichen Merkmale der angeforderten Dienstleistung bezieht³⁶⁴.

Diese Pflichtverletzungen haben die Anbieter auch zu vertreten im Sinne von §§ 280 I S. 2, 276 I S. 1, II BGB, da sie, wenn sie keine Vorkehrungen treffen, um die ihnen gesetzlich auferlegten Pflichten im Fernabsatzgeschäft zu erfüllen, wissen bzw. wissen müssen, dass sie eine Pflichtverletzung begehen.

Resultiert aus der Verletzung einer Pflicht des § 312 c I Nr. 1 BGB ein Schaden für den Nutzer, kann dieser nach § 249 S. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch in Form der

³⁶⁰ Zur Fristsetzung ausführlicher Punkt 3.2. Zur Anfechtungserklärung, insbesondere dazu, wem gegenüber sie der Nutzer erklären kann, Punkt 3.3.

³⁶¹ Hierzu ausführlicher unter Punkt 3.4.1.

³⁶² *Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung*, Kap. 19 Rn. 79; *Boente/Riehm, Besondere Vertriebsformen im BGB*, in: *Jura* 2002, S. 222(228).

³⁶³ *Boente/Riehm, Besondere Vertriebsformen im BGB*, in: *Jura* 2002, S. 222(228).

³⁶⁴ Die wesentlichen Merkmale der angeforderten Dienstleistung wie Art und wesentlicher Inhalt der Information sind dem Nutzer bereits aufgrund des Abwicklungsmodus des Vertrages über standortbezogene Dienste bekannt. Hierzu unter Punkt 5.3.1.1.

Rückabwicklung oder der Anpassung des Vertrages haben, wenn er den Vertrag im Falle einer ordnungsgemäßen Information nicht oder nicht so abgeschlossen hätte³⁶⁵. Dann müsste die verletzte Information aber einen vertragswesentlichen Umstand betreffen, da bei vorvertraglichen Pflichten der Grundsatz gilt, dass der Haftungsumfang durch den Schutzzweck der verletzen Pflicht begrenzt wird³⁶⁶.

Hinsichtlich des Schutzzwecks der einzelnen Informationspflichten des § 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB muss unterschieden werden.

§§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 1 InfV, wonach der Anbieter standortbezogener Dienste den Nutzer vor Abschluss des Fernabsatzvertrages über seine Identität informieren muss, soll dem Anbieter zwar primär die nachvertragliche Rechtsverfolgung erleichtern, sein Zweck liegt aber auch darin, dem Nutzer die Identität seines potenziellen Vertragspartners vor Vertragschluss zu offenbaren, so dass er sich bewusst für den Vertragschluss mit diesem Unternehmer entscheiden kann und der Vertragschluss nicht an der mangelnden Einigung über die Vertragspartner scheitert. §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 1 InfV soll den Nutzer also durchaus auch davor schützen, dass dieser einen Vertrag abschließt, den er nicht oder nicht mit diesem Inhalt schließen möchte. Folglich betrifft die Pflicht einen wesentlichen Umstand im Hinblick auf den Vertragschluss.

Ebenso verhält es sich mit §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 3 InfV im Hinblick auf die Pflicht des Anbieters, dem Nutzer mitzuteilen, wie der Vertrag zustande kommt. Diese Vorschrift zielt darauf ab zu verhindern, dass der Nutzer einen Vertrag schließt, den er nicht abschließen möchte und begründet damit erkennbar eine Verantwortlichkeit des Anbieters für die vorvertragliche Willensbildung des Nutzers.

Auch bei der Pflicht des Anbieters nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 6 InfV, dem Nutzer den Gesamtpreis der ortsbezogenen Dienstleistung mitzuteilen, handelt es sich um eine Information, die dazu dient, dem Nutzer eine umfassende Kenntnis über die Vertragsumstände zu verschaffen und ihm so eine informierte Entscheidung zu ermöglichen. Sie ist daher ebenfalls wesentlich für die Entscheidung des Nutzers zum Vertragschluss.

³⁶⁵ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 173, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>; Tettenborn/Bender/Lübbers/Karenfort, Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: BB-Beilage 10/2001, S. 1(24); Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 19 Rn. 82.

³⁶⁶ BGH NJW 1992, S. 555(556); BGH NJW 1992, S. 2148(2149).

§§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 8 InfV, wonach die Anbieter verpflichtet sind, dem Nutzer vor Abschluss eines Vertrages über standortbezogene Dienstleistungen Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und der Erfüllung der Dienstleistung mitzuteilen, soll dem Nutzer weitere Kenntnisse hinsichtlich der Abwicklung des Vertrages verschaffen. Damit soll diesem die Auswahl des gewünschten Abwicklungsmodus ermöglicht werden, bzw. falls dies nicht möglich ist, die Entscheidung, ob es sich dabei um einen für ihn akzeptablen Abwicklungsvorgang handelt oder nicht. Folglich begründet diese Bestimmung zumindest auch eine Verantwortlichkeit des Anbieters für die vorvertragliche Willensbildung des Nutzers im Hinblick auf den Vertragsschluss, zumal beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste eine Veränderung des Abwicklungsmodus nicht möglich ist, der Nutzer sich also entscheiden muss, ob er den Vertrag mit dem vorgegebenen Ablauf schließen möchte oder nicht.

Die Pflichten nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 1, 3, 6 und 8 InfV betreffen folglich vertragswesentliche Umstände insofern, als ihre Nichterfüllung kausal dafür werden kann, dass ein Nutzer einen Vertrag abschließt, den er nicht oder nicht so abschließen wollte. In diesen Fällen hat der betroffene Nutzer einen Schadensersatzanspruch nach § 249 S. 1 BGB in Form der Rückabwicklung oder Anpassung des Vertrages³⁶⁷. Kennzeichen des Vertrages über standortbezogene Mobilfunkdienste ist aber, dass die Vertragsabwicklung ohne weitere Kommunikationsmöglichkeit durch die automatisierte Datenverarbeitungsanlage erfolgt, d.h. eine Vertragsanpassung ist grundsätzlich nicht möglich, da die ortsbezogene Information als vertragscharakteristische Leistung vom Anbieter bereits zeitgleich mit der konkludenten Vertragsannahme durch den Anbieter erfolgt. Folglich kann der Nutzer ausschließlich die Rückabwicklung des Vertrages nach §§ 311 II, 241 II, 280 BGB vom Anbieter fordern. Die Rückgewähr der empfangenen Leistung richtet sich dann nach §§ 812 I S. 1, 1. Alt, S. 2, 818 ff BGB³⁶⁸.

Anders verhält es sich jedoch bezüglich §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 2 InfV, wonach der Anbieter dem Nutzer vor Vertragsschluss seine ladungsfähige Anschrift mitteilen muss.

³⁶⁷ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 173, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>; Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort, Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: BB-Beilage 10/2001, S. 1(24); Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 19 Rn. 82.

³⁶⁸ Hierzu ausführlich unter Punkt 3.4.1.

Denn diese Informationspflicht dient ausschließlich dazu, dem Nutzer eine eventuelle nachvertragliche Rechtsverfolgung zu erleichtern, Auswirkungen auf die vorvertragliche Willenbildung des Nutzers sind hingegen nicht zu erkennen. Aus einer Verletzung dieser Pflicht resultiert folglich kein Anspruch des Nutzers auf Vertragsaufhebung nach §§ 311 II, 241 II, 280 BGB.

Auch die Pflicht des Anbieters nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 9 InfV, den Nutzer über das Bestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts zu informieren, betrifft keinen Umstand, der wesentlich für die Vertragsentscheidung des Nutzers ist. Zwar kann der Zweck dieser Vorschrift neben dem Aufzeigen nachvertraglicher Handlungsmöglichkeiten darin liegen, dem Nutzer vor Vertragschluss Kenntnisse über nachvertragliche Rechte zu vermitteln und ihm so zu einer umfassend informierten Vertragsentscheidung zu verhelfen. Der Nutzer geht bei Vertragschluss aber in der Regel davon aus, dass der Vertrag ordnungsgemäß abgewickelt wird. Folglich wird die Tatsache, ob er im Falle eines Scheiterns des Vertrages ein Widerrufs- oder Rückgaberecht hat, keinen wesentlichen Einfluss auf seine Entscheidung zum Vertragschluss haben. Der Nutzer hat daher wegen Verletzung der Pflicht nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 9 InfV keinen Anspruch auf Vertragsaufhebung gegen den Anbieter.

Eine Verletzung der vorvertraglichen Pflichten nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 4, 5, 7, 10 und 11 InfV kommt beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienstleistungen ohnehin nicht in Betracht³⁶⁹, so dass diesbezüglich keine Schadensersatzansprüche des Nutzers nach §§ 311 II, 241 II, 280 BGB zu prüfen sind.

5.3.2.4 Unterlassungsansprüche nach § 2 I, II Nr. 2 UKlaG und §§ 1, 13 UWG

Schließlich besteht bei Verstößen gegen § 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB auch die Möglichkeit einer Unterlassungsklage nach § 2 I, II Nr. 2 UKlaG. Denn wie bei Pflichtverletzungen im elektronischen Geschäftsverkehr liegt auch bei Pflichtverletzungen im Fernabsatzhandel ein Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz vor, § 2 II Nr. 1 UKlaG. Folglich besteht ein

³⁶⁹ Hierzu Punkt 5.3.1.1.

Unterlassungsanspruch nach § 2 I UKlaG³⁷⁰. Diesen können nach § 3 UKlaG qualifizierte Verbraucherschutzverbände im Sinne von § 4 UKlaG, größere Vereinigungen von Gewerbetreibenden, die sich zur Förderung gewerblicher Interessen zusammengeschlossen haben, und Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern geltend machen.

Darüber hinaus kann bei der Verletzung von Informationspflichten im Fernabsatzhandel auch ein Unterlassungsanspruch nach §§ 1, 13 UWG bestehen. Da sich die Anbieter durch die Missachtung der Informationspflichten einen zumindest formalen Wettbewerbsvorteil verschaffen, der gesetzeswidrig ist, stellt eine systematische Verletzung der Pflichten des § 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, wie sie von Seiten der Anbieter standortbezogener Dienste derzeit vorliegt, einen Verstoß gegen die Grundsätze des lauterer Wettbewerbs dar³⁷¹. In Betracht kommt dabei vor allem die Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“, die allerdings über die bloße Pflichtverletzung hinaus noch voraussetzt, dass der Unternehmer bewusst und planmäßig handelt und sich durch die Pflichtverletzung einen sachlich ungeRechtfertigten Vorteil gegenüber Mitbewerbern verschaffen will³⁷². Nur bei Verwirklichung dieser zusätzlichen Voraussetzungen besteht ein Unterlassungsanspruch nach § 13 UWG. Klagebefugt sind hier neben den in § 13 II Nr. 3-4 UWG genannten Verbraucherschutzverbänden, sowie Industrie- und Handelskammern und den Handwerkskammern auch einzelne Mitbewerber nach § 13 II Nr. 1 UWG.

5.3.2.5 Zusammenfassung

Die Nutzer standortbezogener Mobilfunkdienste können wegen Verletzung der Pflichten nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 I Nr. 1, 2, 3, 6, 8 und 9 InfV durch die untersuchten Anbieter unterschiedliche Ansprüche geltend machen.

Zum einen besteht ein Anspruch des einzelnen Nutzers aus § 242 BGB auf nachträgliche Erfüllung der Informationspflichten nach § 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB.

³⁷⁰ *Boente/Riehm*, Besondere Vertriebsformen im BGB, in: Jura 2002, S. 222(229); *Huber*, in: *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 19 Rn. 83; Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 173, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>.

³⁷¹ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BT-Drucksache 14/6040, S. 173, in: <http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>;

³⁷² *Boente/Riehm*, Besondere Vertriebsformen im BGB, in: Jura 2002, S. 222(229).

Des Weiteren kann der Nutzer wegen des Verstoßes gegen §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 1 und Nr. 6 InfV dem Anbieter gegenüber die Anfechtung wegen Inhaltsirrtums nach § 119 I 1. Alt BGB erklären, wenn die Verletzung einer dieser Informationspflichten kausal für den Vertragschluss des Nutzers war. Ebenso kann der Nutzer den Vertrag wegen eines Erklärungsirrtums nach § 119 I 2. Alt BGB anfechten, wenn der Anbieter den Nutzer nicht gemäß §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 3 InfV informiert hat und dies dazu führt, dass der Nutzer einen Vertrag schließt, denn er nicht abschließen wollte. Ficht der Nutzer den Vertrag an, so ist er als von Anfang an nichtig anzusehen, § 142 I BGB. Der Nutzer kann folglich neben der Anfechtung keine anderen Ansprüche mehr geltend machen. Die Rückgewähr der empfangenen Leistungen richtet sich nach §§ 812 I S. 1, 1. Alt, 818 ff BGB.

Ficht der Nutzer den Vertrag nicht an, so kann er gemäß §§ 311 II, 241 II, 280 BGB wegen Verletzung der Anbieterpflichten nach §§ 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB, 1 Nr. 1, 3, 6 und 8 InfV die Aufhebung des Vertrages verlangen, da diese Informationspflichten vertragswesentliche Umstände betreffen. Auch hier richtet sich die Rückgewähr der empfangenen Leistungen nach §§ 812 I S. 1, 1. Alt, S. 2, 818 ff BGB.

Schließlich können verschiedene größere Verbraucherschutz- oder Handelsorganisationen, darunter vor allem einige Verbraucherschutzverbände, die Industrie- und Handelskammern sowie die Handwerkskammern, wegen der Verstöße gegen § 312 c I S. 1 Nr. 1 BGB Unterlassungsklage nach § 2 I, II Nr. 2 UklG bzw. nach §§ 1, 13 UWG gegen die einzelnen Anbieter erheben. Ein Unterlassungsanspruchs nach § 13 UWG besteht jedoch nur, wenn der Anbieter über die bloße Pflichtverletzung hinaus bewusst und planmäßig gehandelt hat und sich durch die Pflichtverletzung einen sachlich ungerechtfertigten Vorteil gegenüber Mitbewerbern verschaffen wollte. Klagebefugt sind neben den genannten Organisationen nach § 13 II Nr. 1 UWG auch einzelne Mitbewerber.

5.3.3 Widerrufsrecht des Nutzers bei Fernabsatzverträgen

Nach § 312 d I BGB steht dem Verbraucher beim Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu. Der Nutzer einer standortbezogenen Dienstleistung über Mobiltelefon, der Verbraucher im Sinne von § 13 BGB ist, könnte daher ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB haben.

Nach § 355 I S. 1 BGB ist der Nutzer an sein Angebot zum Abschluss eines Vertrages über eine standortbezogene Mobilfunkdienstleistung nicht mehr gebunden, wenn er dieses fristgerecht widerrufen hat. Die Widerrufsfrist beträgt nach § 355 I S. 2 BGB zwei Wochen und beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem dem Verbraucher eine deutlich gestaltete Belehrung über sein Widerrufsrecht zugeht, § 355 II S. 1 BGB. Da es sich bei ortsbezogenen Informationen um Dienstleistungen handelt, beginnt die Frist zudem gemäß § 312 d II 4. Alt BGB nicht vor dem Tag des Vertragsschlusses. Ebenso wird der Beginn der Widerrufsfrist gemäß § 312 e III S. 2 BGB gehemmt durch die Nichterfüllung von Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr nach § 312 e I S. 1 BGB. Da aber Anfrage, eventuell vorgenommene Belehrungen oder Informationen und Vertragschluss beim Vertrag über standortbezogene Dienste typischerweise zeitlich sehr nahe zusammenliegen, ist in diesem Fall § 312 d II 4. Alt BGB nicht relevant für den Beginn der Widerrufsfrist, sondern vielmehr die nicht ordnungsgemäße Belehrung über das Widerrufsrecht oder die Nichterfüllung der Pflichten nach § 312 e I S. 1 BGB, die den Beginn der Widerrufsfrist beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste bis zur Erfüllung dieser Pflichten hinauszögert. Spätestens erlischt das Widerrufsrecht jedoch gemäß § 355 III S. 1 BGB sechs Monate nach Vertragschluss.

Fraglich ist jedoch, ob das Widerrufsrecht beim Vertrag über standortbezogene Dienstleistungen nicht durch den Beginn mit der Ausführung dieser Dienste erlischt nach § 312 d III BGB. Denn nach § 312 d III BGB erlischt das Widerrufsrecht bei einer Dienstleistung, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst hat. Bei standortbezogenen Mobilfunkdiensten handelt es sich um Dienstleistungen, die mit der konkludenten Vertragsannahme durch den Anbieter, also zeitgleich mit dem Vertragschluss, erbracht werden. Allein wegen der Regelung des § 312 d II 4. Alt BGB, aber auch, weil die untersuchten Anbieter derzeit weder ihre

Nutzer über ein Widerrufsrecht belehren noch ihre Informationspflichten nach § 312 e I S. 1 BGB vollständig erfüllen, wird die ortsbezogene Information in jedem Fall vor Ende der zweiwöchigen Widerrufsfrist erbracht.

Es ist daher zu prüfen, ob dies mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers oder auf dessen Veranlassung hin geschehen ist. Eine ausdrückliche Zustimmung liegt vor, wenn der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer sein Einverständnis gerade mit der sofortigen Ausführung der Dienstleistung bekundet hat³⁷³. Von einer ausdrücklichen Zustimmung kann beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste jedoch nicht ausgegangen werden, da der Nutzer nach der derzeit üblichen Vertragsabwicklung gegenüber dem Unternehmer außer dem Abschicken seiner Anfrage keine Willensäußerung vornehmen kann, weil seine Anfrage von einer automatisierten Datenbank beantwortet wird.

Für die Veranlassung der Dienstleistung durch den Verbraucher ist aber keine bestimmte Form vorgeschrieben. Sie kann daher grundsätzlich auch konkludent mit der Anforderung einer sofort zu erbringenden Leistung erfolgen³⁷⁴. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Vertrag nach der eindeutigen objektiven Interessenlage der Parteien auf einen sofortigen und vorzeitigen Leistungsaustausch gerichtet ist. Eine solche Situation besteht vor allem in den Fällen, in denen nicht die künftige oder dauerhafte Erbringung von Leistungen vereinbart wird, sondern der Vertrag jeweils sofort zu erfüllen ist und sich in der einmaligen Inanspruchnahme der Leistung erschöpft, wie z.B. im Bereich der Telekommunikation im Call-by-Call-Verfahren. Hier ist die Zubilligung eines nachträglichen Widerrufsrechts an den Verbraucher für den Anbieter unbillig, da dieser seine vertragliche Leistung erbracht hat, deren wirtschaftlicher Wert durch die Herstellung der gewünschten Verbindung unwiederbringlich in das Vermögen des Kunden übergegangen ist³⁷⁵.

Genau diese Interessenlage der Parteien besteht aber auch beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienstleistungen. Denn der Nutzer tut mit der Anforderung eines ortsbezogenen Dienstes kund, dass er gerade eine auf seinen momentanen Standort zugeschnittene Information erhalten möchte, die ihm in seiner gegenwärtigen Situation weiterhilft. Der Zweck des Vertrages kann daher nur dann erfüllt werden, wenn die Leistung sofort erbracht wird. Es liegt folglich in der Natur dieses Vertrages, dass der Anbieter den Ablauf der Widerrufsfrist nicht abwartet. Überdies ist der wirtschaftliche Wert der ortsbezogenen Infor-

³⁷³ Wendehorst, in: *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 d Rn. 96.

³⁷⁴ Ring, Fernabsatzgesetz, Teil III Rn. 218; Fuchs, Das Fernabsatzgesetz, in: ZIP 2000, S. 1273(1284).

³⁷⁵ Fuchs, Das Fernabsatzgesetz, in: ZIP 2000, S. 1273(1284).

mation mit der Kenntnisnahme der Information durch den Nutzer unwiederbringlich in das Vermögen des Nutzers übergegangen.

Bei einer standortbezogenen Information über Mobiltelefon handelt es sich folglich um eine sofort zu erbringende Dienstleistung, die der Nutzer konkludent durch das Absenden einer Anfrage veranlasst. Er hat folglich wegen § 312 d III BGB kein Widerrufsrecht. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die untersuchten Anbieter ihre Nutzer nicht ordnungsgemäß über deren Widerrufsrecht belehren, da das Widerrufsrecht auch dann erlischt, wenn der Verbraucher von dieser Rechtsfolge nichts gewusst hat³⁷⁶.

³⁷⁶ Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 312 d Rn. 7.

6 Gesamtergebnis

Zweck standortbezogener Mobilfunkdienste ist es, einem Nutzer schnell und über ein ihm jederzeit zur Verfügung stehendes Medium Informationen zu bieten, die in Bezug zu seinem momentanen Aufenthaltsort stehen.

Wesentliches Element bei der Betrachtung rechtlicher Besonderheiten dieser Dienste ist daher zum einen die *zeitnahe Abwicklung*. Daraus ergibt sich, dass der Nutzer an sein Vertragsangebot nur kurze Zeit gebunden ist, da ihm die Möglichkeit offen stehen muss, die gewünschte Information über einen anderen Diensteanbieter anzufordern, wenn der Anbieter, dem ursprünglich eine Anfrage übermittelt wurde, nicht innerhalb kurzer Zeit reagiert. Auch der Umstand, dass beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste die Vertragsannahmeerklärung des Diensteanbieters entbehrlich ist, ergibt sich unter anderem aus dem starken Interesse des Nutzers am sofortigen Vollzug des Vertrages.

Zweiter wesentlicher Faktor bei der rechtlichen Beurteilung standortbezogener Mobilfunkdienste ist die *entpersonalisierte Abwicklung der Dienste* über eine automatisierte Datei. Diese Besonderheit bedingt, dass alle über den vorgesehenen Abwicklungsprozess hinausgehenden Schritte nicht auf demselben Weg vorgenommen werden können, auf dem die Vertragsabwicklung erfolgt. Auswirkungen ergeben sich dadurch insbesondere auf die Anfechtung eines Vertrages oder die Geltendmachung nachvertraglicher Rechte infolge einer Pflichtverletzung von Anbieterseite. Der Nutzer muss alle einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen, die er gegenüber dem Anbieter im nachvertraglichen Bereich abgeben möchte, per Telefon, Brief, Telefax oder Internet an den Anbieter übermitteln, wobei er sich diesen neuen Kommunikationspfad selbst erschließen muss.

Drittes prägendes Merkmal des Vertrages über standortbezogene Mobilfunkdienste ist, dass es sich bei der den *Vertrag kennzeichnenden Hauptleistung* um eine *Information* handelt. Aus der Natur der Hauptleistung ergibt sich daher, dass eine Rückgewähr einer einmal erbrachten ortsbezogenen Information nicht möglich ist. Diese Tatsache hat Auswirkungen sowohl auf die Rechtsfolgen einer Anfechtung als auch auf den Schadensersatzanspruch des Nutzers statt der Leistung oder die Folgen des Rücktritts eines Nutzers wegen Schlecht-

leistung des Anbieters, sowie auf den Anspruch des Nutzers auf Vertragsaufhebung infolge der Verletzung vorvertraglicher Pflichten durch den Anbieter. Der Nutzer muss nämlich, wenn er eines der genannten Rechte gegenüber dem Anbieter geltend macht, dem Anbieter lediglich Wertersatz leisten oder, wenn er eine Exculpationsmöglichkeit hat, keine Rückgewährleistung an den Anbieter erbringen, während der Anbieter dem Nutzer eine von diesem bereits erbrachte Leistung zurückgewähren muss.

Schließlich stellt auch das *verwendete Medium Mobiltelefon* ein wichtiges Element bei der rechtlichen Beurteilung des Vertrages über standortbezogene Mobilfunkdienste dar. Denn der Einsatz des Mediums Mobiltelefon bedingt, dass die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste gegenüber Verbrauchern nur möglich ist, wenn diese entweder öffentlich bekannt gemacht werden oder wenn vor Inanspruchnahme ortsbezogener Dienste ein Rahmenvertrag zwischen Nutzer und Anbieter mittels eines anderen Mediums geschlossen wird, durch den die allgemeinen Geschäftsbedingungen einbezogen werden. Zudem gelten beim Vertragschluss über Mobiltelefon die Vorschriften zum elektronischen Geschäftsverkehr und, wenn der Nutzer Verbraucher ist, die Regelungen zum Fernabsatzhandel, woraus sich zahlreiche vorvertragliche Pflichten für den Anbieter ergeben.

Die eben dargestellten, den Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste kennzeichnenden Besonderheiten stören sich jedoch teilweise gegenseitig und behindern dadurch die Erbringung standortbezogener Mobilfunkdienste.

So machen es die vorvertraglichen Informations- und Aufklärungspflichten, die sich aus den Vorschriften zum Fernabsatz und zum elektronischen Geschäftsverkehr ergeben, den Anbietern schwer, sich pflichtgemäß zu verhalten, da die Anbieter neben einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung eine umfangreiche Aufklärungs- und Informationstätigkeit im vorvertraglichen Bereich sicherstellen müssen, wollen sie ihre vorvertraglichen Pflichten erfüllen. Dies sind zusätzliche Informationsinhalte, die vom einzelnen Anbieter ständig überprüft und aktualisiert werden müssen. Auch läuft die Tatsache, dass die Diensteanbieter vorvertragliche Informations- und Aufklärungspflichten erfüllen müssen, dem Zweck der standortsbezogenen Dienstleistungen zuwider, schnell und genau auf den momentanen Aufenthaltsort des Nutzers bezogen eine Information zu liefern. Denn dadurch wird die Erbringung der Dienste zeitlich hinausgezögert. Zudem kann der Nutzer in der Zwischenzeit seinen Aufenthaltsort bereits wieder gewechselt haben. Diese negativen Aspekte der

vorvertraglichen Pflichten des Anbieters könnten mit ein Grund dafür sein, dass die Anbieter derzeit fast keine dieser Pflichten erfüllen.

Die Erfüllung zahlreicher vorvertraglicher Informationspflichten liegt aber auch oft nicht im Interesse des einzelnen Nutzers, da dies für ihn einen zusätzlichen zeitlichen und, wenn die Erbringung des Dienstes über WAP oder i-mode erfolgt, finanziellen Aufwand bedeutet. Auf der anderen Seite sind Schutzvorschriften zugunsten der Nutzer im Bereich standortbezogener Mobilfunkdienste von großer Wichtigkeit, da vor allem Verbraucher gerade in diesem Bereich besonders schutzwürdig sind. Denn der Verbraucher ist neben seiner strukturellen Unterlegenheit gegenüber einem Unternehmer gerade auch durch die Anonymität, die die Verwendung elektronischer Hilfsmittel zum Vertragsabschluß mit sich bringt, in Verbindung mit der Tatsache, dass er solche Verträge nicht geschäftsmäßig schließt und daher in der Regel nicht auf umfassende Erfahrungswerte zurückgreifen kann, einem besonderen Risiko ausgesetzt.

Das portable und überall einsetzbare Medium Mobiltelefon beeinträchtigt seinerseits die Erfüllung der vorvertraglichen Informationspflichten, da es nur begrenzte Übertragungsraten und geringe Speicherkapazität sowie ein kleines Display hat. Dies macht die direkte Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen gänzlich unmöglich und die Erfüllung vorvertraglicher Informationspflichten langwierig und umständlich. Zudem hemmt auch die entpersonalisierte Abwicklung standortbezogener Mobilfunkdienste über eine automatisierte Datei in gewisser Weise die rasche Übermittlung der gewünschten Information an den Nutzer, da es dem Anbieter im Falle des Auftretens von Irritationen oder Abweichungen vom üblichen Abwicklungsvorgang nicht möglich ist, auf diese schnell und flexibel zu reagieren. Irritationen oder Abweichungen vom üblichen Abwicklungsvorgang führen daher regelmäßig zum Scheitern des Vertrages.

Die schnelle Erbringung standortbezogener Mobilfunkdienste wird zusätzlich dadurch erschwert werden, dass standortbezogene Dienste im Laufe ihre Entwicklung immer umfangreicher und spezialisierter werden. Dadurch wird auch die Entwicklung und Bereithaltung für die Anbieter teurer. Diese Kosten werden die Anbieter aber auf die Nutzer abwälzen wollen, da ihr übergeordnetes Geschäftsziel ist, eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben. Zwar ist der Nutzer beim Mobiltelefon im Gegensatz zum Medium Internet eher bereit, für die Erbringung von ihm benötigter Inhalte eine Gebühr zu entrichten, weil Informationsinhalte im Bereich Mobilfunk im Gegensatz zum Internet von Anfang an kos-

tenpflichtig waren. Er wird jedoch nicht für einen Dienst Gebühren entrichten wollen, dessen Erbringung entgegen seinem eigentlichen Zweck aufgrund der geringen Übertragungsraten und des kleinen Displays der eingesetzten Mobilfunkgeräte eher langwierig ist. Zudem sind auch die verwendeten Ortungsverfahren derzeit noch unzureichend, so dass die Ortung größtenteils ungenau erfolgt und lediglich eine grobe Routenplanung möglich ist. Gerade die für den Ortsunkundigen interessante Führung auf den letzten Metern bleibt daher aus³⁷⁷. Diese Schwachpunkte sind sicherlich mit ein Grund für die bis dato eher zögerliche Annahme standortbezogener Mobilfunkdienste durch die Mobilfunknutzer.

Erbrächten die untersuchten Anbieter die ihnen obliegenden vorvertraglichen Informationspflichten derzeit ordnungsgemäß, so würden standortbezogene Mobilfunkdienste sogar noch langsamer. Eine zweckgerechte, zeitnahe Erbringung standortbezogener Dienste, bei der die Informationspflichten und die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen über Mobiltelefon erfolgt und der Nutzer auch im Nahbereich genaue Informationen bekommt, wird daher erst möglich sein, wenn die Mobilgeräte wesentlich leistungsfähiger im Hinblick auf ihre Übertragungsraten, auf ihre Speicherkapazität und auf ihre Ortung geworden sind. Auch Geräte mit größeren Displays würden die Erbringung standortbezogener Dienste vereinfachen, weil dann mehr Informationen auf einmal erbracht werden und genauere Kartenausschnitte gezeigt werden könnten.

Derzeit sind die Anforderungen, die aus vertragsrechtlicher Sicht an standortbezogene Mobilfunkdienste zu stellen sind, folglich schwer zu erfüllen. Eine Möglichkeit, das Bedürfnis der Nutzer nach zeitnahe Information zu erfüllen und damit ein wesentliches Element standortbezogene Mobilfunkdienste zu verbessern, könnte darin bestehen, standortbezogene Dienste sozusagen zu abonnieren und nicht im Einzelfall je nach Bedarf anzufordern. Es könnte dann im Vorhinein festgelegt werden, welche Dienste für den Nutzer von Belang sein können, und er erhält diese dann ohne konkrete Anforderung auf sein Mobiltelefon übermittelt. Bei unterschiedlichen Anbietern, mit denen der Nutzer Verträge über standortbezogene Mobilfunkdienste schließen kann, der Vielzahl der angebotenen Dienste und der dynamischen Entwicklung des Angebots lässt sich dies aber regelmäßig nicht im Voraus bestimmen. Es ist für den Nutzer daher wesentlich attraktiver, im Einzelfall zu entscheiden, welchen konkreten Dienst er gerade anfordern möchte.

³⁷⁷ Hornig, Mobile City Guides, in: www.connect.de/d/35121.

Es bleibt daher festzuhalten, dass insbesondere technische Beschränkungen im Bereich des Mobilfunks auf absehbare Zeit eine schnelle und zugleich umfassende standortbezogene Information des Nutzers über Mobiltelefon unter Berücksichtigung aller Informationspflichten, die dem Anbieter bei der Erbringung standortbezogener Mobilfunkdienste obliegen, verhindern. Die Anbieter standortbezogener Dienste können den gesetzlichen Anforderungen und den Anforderungen dieser speziellen Vertragsart jedoch durch die zusätzliche Verwendung anderer Medien Rechnung tragen. Hier bietet sich insbesondere der Abschluss von Rahmenverträgen übers Internet an, in denen die nach den Vorschriften zum Fernabsatzhandel und den Vorschriften im elektronischen Geschäftsverkehr zu erbringenden Informationspflichten soweit möglich erfüllt werden und vom Anbieter verwendete allgemeine Geschäftsbedingungen einbezogen werden. Folgt man diesem Lösungsvorschlag, so reduziert sich der Einsatz von Mobilfunkgeräten beim Vertrag über standortbezogene Mobilfunkdienste praktisch auf die Abgabe der Willenserklärung des Nutzers beim konkreten Geschäft, die Übersendung der Zugangsbestätigung nach § 312 e I Nr. 3 BGB und die Erbringung der angeforderten Information durch den Anbieter.

Die Verlagerung von über die *essentialia negotii* hinausgehenden Vertragsvereinbarungen und gesetzlichen Informationspflichten der Anbieter aus dem konkreten Vertrag hinaus in Rahmenverträge ist auch nicht notwendig nachteilig für die Erbringung standortbezogener Mobilfunkdienste. Denn der Abschluss eines Rahmenvertrages, beispielsweise über die Website des Anbieters, bedeutet für den Nutzer eine deutliche Reduzierung der Kosten, die ihm bei der Inanspruchnahme ortsbezogener Dienste entstehen, da weniger Telefongebühren für die Übermittlung anfallen. Außerdem kann er nach Abschluss eines solchen Rahmenvertrages schnell und flexibel, ohne langwierige Informationen und Hinweise von Anbieterseite, standortbezogene Informationen anfordern. Die Stärken des Mobiltelefons, insbesondere die auf den genauen Standort zugeschnittene, zeitnahe Information, kommen dann zur vollen Entfaltung.

Literaturverzeichnis

Andreadis, Alessandro/ **Benelli**, Giuliano/ **Bianchi**, Alberto/ **Fedele**, Pasquale/ **Giambene**, Giovanni, Universal Access to Personalised Information Services,
in: <http://www.mobilesummit2001.org>, Zugriff am 14.05.2003.

Arndt, Hans-Wolfgang/ **Köhler**, Markus, Elektronischer Handel nach der E-Commerce-Richtlinie, in: EWS 2001, S. 102-112.

Bager, Jo, Das Handy kennt den Weg, in: <http://www.heise.de/ct/01/22/168/>, Zugriff am 28.01.2004.

Bager, Jo, **Gleich**, Clemens, Such, Handy!, in: Magazin für Computertechnik c't Nr. 22/2001, S. 172-176.

Baumann, Christian, WAP – Verknüpfung von Internet und Mobiltelefon,
in: <http://www.gratiswaren.net/spezial/wap/wap.html>, Zugriff am 13.05.2003.

Boente, Walter/ **Riehm**, Thomas, Besondere Vertriebsformen im BGB, in: Jura 2002, S. 222-230.

Brock, Bazon, Mobilität, in: <http://www.brock.uni-wuppertal.de/Dichterbody.html>, Zugriff am 28.01.2004.

Bruckner, Anton, Location Based Services,
in: <http://www.3gnet.de/forum/messages/324.html>, Zugriff am 28.01.2004.

Buck, Petra, Kaufrecht, in: Westermann, Harm-Peter (Hrsg.), Das Schuldrecht 2002, S. 105-182.

Canaris, Claus-Wilhelm, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: ZRP 2001, S. 329-336.

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, in: JZ 2001, S. 499-524.

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 2. Auflage, München, Neudr. 1981.

- Canaris**, Claus-Wilhelm, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – „Tendenzen zu seiner Materialisierung“, in: Archiv für die civilistische Praxis 200, S. 273-364.
- Dauner-Lieb**, Barbara, Das Leistungsstörungenrecht im Überblick, in: Dauner-Lieb, Barbara /Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, Heidelberg 2002, S. 64-120.
- Däubler**, Wolfgang, Die systematische Darstellung des Zivilrechts, München 2002.
- Eisenhardt**, Ulrich, Zum subjektiven Tatbestand der Willenserklärung, in: JZ 1986, S. 875-881.
- Ericsson AG** (Hrsg.), Multimedia Messaging Service MMS – Hintergrundpapier, Version vom 02.10.2001.
- Ericsson AG** (Hrsg.), Ortsbezogene Mobilfunkdienste - Hintergrundpapier, Version vom 30.10.2001.
- Erman**, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-853, 10. Auflage, Köln, Münster 2000.
- Ernst**, Stefan, Der Mausklick als Rechtsproblem – Willenserklärungen im Internet, in: NJW – CoR 1997, S. 165 – 167.
- Forit GmbH** (Hrsg.), Mobile Commerce in Deutschland – Jenseits der Euphorie, Forit Report 2000.
- Fritzsche**, Jörg/**Malzer**, Hans, Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, in: DNotZ 1995, S. 3-25.
- Fuchs**, Andreas, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts, in: ZIP 2000, S. 1273-1287.
- Gajek**, Henning., Mobilfunk FAQs - Historie, in: <http://www.gajek.de>, Zugriff am 28.01.2004.
- Glatt**, Christoph, Vertragsschluss im Internet, in: ZUM 2001, S. 390-397.
- Grabitz**, Eberhard/**Hilf**, Meinhard, Das Recht der Europäischen Union, Band III, A, 20. Ergänzungslieferung - Stand August 2002, München 2003.
- Grigoleit**, Hans-Christoph, Besondere Vertriebsformen im BGB, in: NJW 2002, S. 1151-1158.

- Grigoleit**, Hans-Christoph, Rechtsfolgenspezifische Analyse besonderer Informationspflichten am Beispiel der Reformpläne für den E-Commerce, in: WM 2001, S. 597-604.
- Gsell**, Beate, Der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht, in: Helms, Tobias/Neumann, Daniela/Caspers, Georg/Sailer, Rita/Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, Stuttgart 2001, S. 105-131.
- Härtling**, Niko, Fernabsatzgesetz, Köln 2000.
- Hornig**, Mobile City Guides, in: www.connect.de/d/35121, Zugriff am 28.01.2004.
- Huber**, Peter/**Faust**, Florian, Schuldrechtsmodernisierung, München 2002.
- Jakobs**, Horst-Heinrich, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn 1964.
- Karcher**, Herbert, Mit dem Video-Handy on the Road, in: E-Commerce Magazin 11/2000, S.106-112.
- Köhler**, Helmut, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, in: AcP 1982, S. 126-171.
- Krebs**, Peter, Kodifizierung von Richterrecht, in: Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, Heidelberg 2002, S. 121-157.
- Labek**, Alexander/**Libovsky**, Volker/**Pacher**, Christian/**Ruzicka**, Marco, Location Based Services im Bereich Business to Consumer, in: <http://wigeoweb.wu-wien.ac.at/Lehre/BGIS01s/done00s/Fin-PS-Arb-01s/LBS-2-B2C-fin.pdf>, Zugriff am 08.07.2003.
- Langen**, Bernhard/**Volkmer**, Peter, Ohne Location-based Services kein erfolgreiches UMTS, in: http://www.experteam.d...ikel/Ber03_PV.html?Themen+Geodaten, Zugriff am 22.10.2003.
- Larenz**, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1997.
- Larenz**, Karl/ **Canaris**, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 2. Halbband, Besonderer Teil, 13. Auflage, München 1994.

- Larenz**, Karl, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 2. Auflage, Berlin, Frankfurt 1966.
- Larenz**, Karl/**Wolf**, Manfred, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997.
- Lehner**, Franz, Mobile Business und mobile Dienste – Eine Positionsbestimmung, Forschungsbericht Nr. 49, 3. Auflage, Regensburg 2002.
- Lehner**, Franz, Mobile und drahtlose Informationssysteme; Technologien, Anwendungen, Märkte; Berlin, Heidelberg 2003.
- Löhnig**, Martin, Die Einbeziehung von AGB bei Internetgeschäften, in: NJW 1997, S. 1688-1689.
- Lütcke**, Jens, Fernabsatzrecht, Kommentar, München 2002.
- Mattheus**, Daniela, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, in: JuS 2002, S. 209-219.
- Medicus**, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Auflage, Heidelberg 2002.
- Medicus**, Dieter, Bürgerliches Recht, 19. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2002.
- Medicus**, Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 11. Auflage, München 2003.
- Münchener Kommentar**, Bürgerliches Gesetzbuch,
Band 1, §§ 1-240, 4. Auflage, München 2001,
Band 2a, §§ 241-432, 4. Auflage, München 2003,
Band 5, §§ 705-853, 3. Auflage, München 1997.
- Nevarsa GmbH** (Hrsg.), i-mode – Whitepaper, Version vom 01.01.2002.
- Obermeier**, Birgit, Handy meldet: Freunde in der Nähe, in: Süddeutsche Zeitung Nr. 198 vom 29.08.2001 /VP2 /S. 5.
- o.V.**, Das Herz Handy – Mobilität und Verlässlichkeit im Alltag,
in: <http://www.vitaphone.de>, Zugriff am 28.01.2004.
- o.V.**, Erste Gehversuche des mobilen Geschäfts, in: Computerwoche Nr. 5, 28.7.2000, S. 20-23.
- o.V.**, Komfortable WAP-Dienste, in: <http://www.tomorrow.de/handy/trends/lbs>, Zugriff am 18.06.2003.

- o.V.**, Location Based Services – AGPS, in:
<http://www.mobile-business-service.de/sub8-4.htm>, Zugriff am 18.06.2003.
- o.V.**, Location Based Services: D2 weitet Angebot aus,
in: <http://www.d2mannesmann.de/3035.html>, Zugriff am 17.01.2003.
- o.V.**, Location Based Services - enhanced Cell-ID, in:
<http://www.mobile-business-services.de/sub8-2.htm>, Zugriff am 18.06.2003.
- o.V.**, Mit WAP nah dran: D2 startet jetzt Location Based Services,
in: <http://www.d2mannesmann.de/1422.html>, Zugriff am 17.01.2003.
- o.V.**, Praxistest: Vor-Ort-Dienste per WAP,
in: http://www.xonio.com/features/feature_8750726.html, Zugriff am 29.01.2004.
- o.V.**, UMTS, http://www.glossar.de/glossar/z_umts.htm, Zugriff am 29.01.2004.
- o.V.**, Viag Interkom erweitert Location Based Services,
in: <http://www.telefontest.de/news/997292073,24000,.html>, Zugriff
am 29.01.2004.
- o.V.**, Vom Plan nach Web & WAP,
in: http://www.sonorys.com/press/articles/2001/kurier_august/index.htm, Zugriff
am 29.01.2004.
- o.V.**, WAP und WML, in: http://www.glossar.de/glossar/z_wap.htm, Zugriff
am 29.01.2004.
- Palandt**, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, München 2004.
- Pehl**, Erich, Mobilfunk: Stand der Technik und Zukunftsperspektiven, Berlin 1997.
- Pfister**, Bernhard/**Will**, Michael (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag, Tübingen 1991.
- Regulierungsbehörde**, Teilnehmerentwicklung im Mobiltelefondienst nach Netzen
(Juni 1992 – September 2001),
in: http://www.regtp.de/aktuelles/in_03-06-00-00-00_m/04/01/index.html,
Zugriff am 29.01.2004.
- Reich**, Norbert/**Nordhausen**, Anette, Verbraucher und Recht im elektronischen Geschäftsverkehr, Baden-Baden 2000.
- Ring**, Gerhard, Fernabsatzgesetz, Bonn 2000.

- Robben**, Matthias, Location Based Services – Standortvorteile nutzen,
in: <http://www.ecin.de/technik/lbs/print.html>, Zugriff am 29.01.2004.
- Rohrbacher**, Kai/**Schoblick**, Robert, Paketvermittelt in die Zukunft, in: Funkschau
1/2001, S. 20-24.
- Scheurle**, Klaus-Dieter/**Mayen**, Thomas, Telekommunikationsgesetz – Kommentar, Mün-
chen 2002.
- Schmidt**, Eike, Zur Ökonomie ergänzender Vertragspflichten unter besonderer Berück-
sichtigung von Konkurrenzschutzgeboten, in: JA 1978, S. 597-605.
- Schneider**, Christian, Zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie im Regierungsentwurf
zur Schuldrechtsmodernisierung, in: K&R 2001, S. 344-348.
- Schultz**, Michael, Leistungsstörungenrecht, in: Westermann, Harm-Peter (Hrsg.), Das
Schuldrecht 2002, S. 17-140.
- Schwintowski**, Hans-Peter, Vertragsschluss für Waren und Dienstleistungen im europäi-
schen Verbraucherrecht: Form- und Inhaltsbindungen kontra Privatautonomie,
in: EWS 2001, S. 201-208.
- Siemens AG** (Hrsg.), Location Based Services – Begriff,
in: <http://www.pse.siemens.at/apps/pseauftritt/ge/pseinternet.nsf/?Open>, Zugriff
am 29.01.2004.
- Siemens AG** (Hrsg.), SieFriend - Begriff,
in: <http://www.pse.siemens.at/apps/pseauftritt/ge/pseinternet.nsf/?Open>, Zugriff
am 29.01.2004.
- Siemens AG** (Hrsg.), LoCation Services - Whitepaper, Version vom 24.10.2001.
- Siemens AG** (Hrsg.), UMTS – Whitepaper 2001.
- Sixt**, Mike, Location Based Services – Zukunft des mobilen Internet?,
in: www.zdnet.de/news/tkomm/0,39023151,2138762,00.htm, Zugriff
am 29.01.2004.
- Soergel**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240,
13. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1999.
- Spindler**, Gerald/**Klöhn**, Lars, Neue Qualifikationsprobleme im E-Commerce,
in: CR 2003, S. 81-86.

- Staudinger**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Buch 1, §§ 134-163, 14. Auflage, Berlin 2003,
Buch 2, §§ 812-822, 14. Auflage, Berlin 1999.
- Stürner**, Rolf, Der Erwerbsschaden und seine Ersatzfähigkeit, in: JZ 1984, S. 461-468.
- Tettenborn**, Alexander/**Bender**, Gunnar/**Lübben**, Natalie/**Karenfort**, Jörg, Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: BB-Beilage 10/2001, S. 1-40.
- Ulmer**, Peter/**Brandner**, Hans-Erich/**Hensen**, Horst-Diether, AGB-Gesetz, 9. Auflage, Köln 2001.
- Ultsch**, Michael, Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen, in: NJW 1997, S. 3007-3009.
- Vodafone GmbH** (Hrsg.), Location Based Services, 2001.
- Waldenberger**, Arthur, Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluss von Verträgen im Internet, in: BB 1996, S. 2365-2371.
- Webb**, William, The Complete Wireless Communications Professional, Boston 1999.
- Wilmowsky**, Peter, Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis – Die Anspruch- und Rechtsgrundlagen des neuen Schuldrechts, in: JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 3-31.
- Wolf**, Manfred/**Horn**, Norbert/**Lindacher**, Walter, AGB-Gesetz, 4. Auflage, München 1999.
- Wong**, Regina/**Jesty**, Richard, The Wireless Internet: Applications Technology and Market Strategies, in:
http://www.allnetdevices.com/wireless/opinions/2001/01/10/the_wireless.html,
Zugriff am 13.08.2003.
- Zimmer**, Daniel, Das neue Recht der Leistungsstörungen, in: NJW 2002, S. 1-12.

Lebenslauf

Geburtsdatum:	30. November 1974
Familienstand:	ledig
Nationalität:	deutsch
09/1985 – 07/1994	Gymnasium Seligenthal, Landshut (Bayern) Leistungskurse: Mathematik, Deutsch Wahlfach Italienisch 8. – 11. Jahrgangsstufe Abschluss: Abitur
11/1994 – 01/1999	Studium der Rechtswissenschaften, Universität Regensburg Wahlfach: Europarecht und Völkerrecht Fachbezogene Fremdsprachenausbildung: Englisch für Juristen, Französisch für Juristen Abschluss: Erstes Staatsexamen 1998/II
04/1999 – 06/2001	Referendariat im OLG Bezirk Nürnberg Wahlfach: Europarecht und Internationales Privatrecht Seminare: „Gewaltanwendung und Friedenssicherung“ bei Prof. Dr. Nolte, „Internet und Recht“ bei Prof. Dr. Schwab Mitglied bei Junges Europa e.V. Abschluss: Zweites Staatsexamen 2000/II
10/2001- 03/2004	Promotion an der Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Prof. Dr. Dieter Schwab.